IRIB
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

64 ANO 31
JANEIRO-JUNHO DE 2008

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Revista de DIREITO IMOBILIÁRIO

64

Ano 31 • n. 64 • jan-jun. / 2008

Revista de
DIREITO
IMOBILIÁRIO
Ano 31 • n. 64 • jan.-jun. / 2008

CONSELHO CIENTÍFICO

Alexandre Assolini Mota, Alexandre de Moraes, Andréa Flávia Tenório Carneiro, André Lima, Armando Castelar Pinheiro, Betânia de Morais Alfonsin, Bruno Mattos e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Carlos Eduardo Duarte Fleury, Celso Fernandes Campilongo, Daniel Roberto Fink, Edésio Fernandes, Élcio Trujillo, Evangelina de Almeida Pinho, Luiz Mário Galbetti, Hélio Borghi, J. Nascimento Franco, Jose Carlos de Freitas, José Guilherme Braga Teixeira, Jürgen W. Philips, Kiotsi Chicuta, Marcello Terra, Maurício Melhim Namem Chalhub, Nelson Nery Jr., Pedro Antonio Dourado de Rezende e Walter Ceneviva.

CONSELHO JURÍDICO PERMANENTE

Des. Gilberto Valente da Silva (*in memoriam*), Drs. Hélio Lobo Junior, Des. José de Mello Junqueira, Drs. Narciso Orlandi Neto, Ademar Fioranelli e Ulysses da Silva.

CONSELHO INTERNACIONAL

Alemanha: Helmut Rüssmann – Alemanha: Maximilian Herberger – Chile: Elias Mohor Albornoz – Espanha: Fernando Pedro Méndez González – Espanha: Rafael Arnaiz Eguren – Espanha: Nicolás Peiró Noguerolles – Itália: Raimondo Zagami – México: Raúl Castellano Martinez-Balz – Peru: Álvaro Delgado Scheelje – Portugal: Paulo Ferreira da Cunha e Mônica Vanderléia Alves de Sousa Jardim.

COORDENAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ademar Fioranelli e Sérgio Jacomino.

ISSN 1413-4543

Revista de DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 31 • n. 64 • jan.-jun. / 2008

Publicação oficial do
Instituto de Registro
Imobiliário do Brasil

IRIB

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1413-4543

Revista de DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 31 • n. 64 • jan.-jun. / 2008

Coordenadores
SÉRGIO JACOMINO
MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO
LUCIANO LOPES PASSARELLI

© edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/98.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433
e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br
editorial.revista@rt.com.br

Diagramação eletrônica: Oficina das Letras Ltda. CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Prol Editora Gráfica Ltda. CNPJ 52.007.010/0001-52

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Sumário

EDITORIAL 9

I. DOUTRINA NACIONAL

1. Concessão especial de uso para fins de moradia: a interface entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sustentável em áreas de preservação permanente
Cintia Maria Scheid 11
2. A questão fundiária em Timor-Leste
Daniela Corrêa da Silva 26
3. A influência da legalidade do imóvel na sua valorização: um estudo em Recife
Edmundo Melo de Moura e *Andrea Flávia Tenório Carneiro* 35
4. A dação em pagamento e o novo Código Civil
Francisco José Rezende dos Santos 47
5. O parcelamento, edificação ou utilização compulsórios: a utilidade como limite da apropriação do solo urbano e os requisitos para sua implementação
Paulo Fernando Duarte Ramos e *Fabíola Regina da Rocha* 65
6. "Loteamentos fechados" nas grandes cidades: a produção da ilegalidade por atores revestidos de poder social, econômico e político
Sonia Marilda Péres Alves 81
7. A juridicidade dos loteamentos fechados com a publicidade no Registro de Imóveis
Valestan Milhomem da Costa 103

II. ATUALIDADES NACIONAIS

1. A fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória à luz das inovações trazidas pelas Leis 11.382/2006 e 11.419/2006
João Pedro Lamana Paiva 155
2. Retificação do registro de imóveis, regularização fundiária e as Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS)
Luciano Lopes Passarelli 163
3. Notas sobre a separação patrimonial no direito de superfície
Melhim Namem Chalhub 199

III. ASSOCIAÇÃO DOS REGISTRADORES IMOBILIÁRIOS DE SÃO PAULO

Temas abordados no encontro *Café com Jurisprudência*
Ricardo Dip 213

1. A qualificação registral na retificação de registro e no georreferenciamento
Eduardo Agostinho Arruda Augusto 215
2. Retificação judicial de registro
Marcelo Martins Berthe 237
3. Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis
Ricardo Dip 243
4. A penhora e o procedimento de dúvida
Sérgio Jacomino 256
5. Processo administrativo ordinário no juízo corregedor
Vicente de Abreu Amadei 269

IV. JURISPRUDÊNCIA

Comentada

1. Da integralização de quotas societárias com bens imóveis por sócio casado no regime da comunhão universal de bens
Ana Paula Frontini 305
2. Fraude à execução e boa-fé: mudou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça?
Bruno Mattos e Silva 312

Íntegra

1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo

Averbação premonitória. Ação de conhecimento. A averbação premonitória deve ser utilizada tão-somente para os casos de ações executivas nos termos do art. 615-A do CPC. Impossibilidade de interpretação analógica para a averbação em ações de conhecimento – Processo 583.00.2007.193644-7 – 1.ª VRPSP – Juiz *Gustavo Henrique Bretas Marzagão*... 327

Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Penhora. Ato registrário. Reforma processual decorrente da Lei 11.382/2006. A reforma processual decorrente da Lei 11.382/2006 não alterou a Lei 6.015/73 com relação aos atos decorrentes de constrições judiciais que continuam a ser registro em sentido estrito. Imprecisão terminológica por parte do legislador ao usar a expressão "averbação" na redação atual dos arts. 659, §§ 4.° e 6.°, e 698, ambos do CPC - Processo 2007-145641 – CGJERJ – rel. *Gilberto de Mello Nogueira Abdelhay Junior* 328

Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo

Multipropriedade. *Time sharing*. Enquadramento entre os direitos reais. Inviabilidade Constituição do empreendimento como condomínio especial disciplinado pela Lei 4.591/1964, com instituição de condomínio tradicional, regido pelo Código Civil, sobre as diversas unidades autônomas. Possibilidade. Alteração de convenção condominial que traz disposições de natureza obrigacional. Recusa acertada de averbação. Condomínio tradicional sobre as unidades autônomas, com inserção nas matrículas correspondentes de elementos de ordem obrigacional, tendentes a tornar reais direitos pessoais. Inadmissibilidade – Processo CG 686/2007 – Campos do Jordão – rel. *Álvaro Luiz Valery Mirra* 330

Conselho Superior da Magistratura de São Paulo

Penhora. Princípio da continuidade. Fraude de execução. Efeitos perante terceiros – ApCiv 748-6/5 - Monte Azul Paulista – CSMSP – rel. *Gilberto Passos de Freitas*. 336

Personalidade jurídica. Condomínio. Possibilidade excepcional de aquisição de imóvel pelo condomínio decorrente de débitos condominiais com aprovação em assembléia - ApCiv 795-6/9 - São Vicente – CSMSP – rel. *Gilberto Passos de Freitas* 339

Superior Tribunal de Justiça

Registro de imóveis. Meio ambiente. Averbação da reserva legal florestal. A publicidade decorrente da averbação da reserva legal florestal é decorrente do Código Florestal e necessária para o cumprimento da função social da propriedade, sob pena de esvaziamento do conteúdo da lei – REsp 927.979-MG (2007/0037109-2) – STJ – rel. *Francisco Falcão* 343

Índice Onomástico 347

Índice Alfabético-Remissivo 353

Diretoria do Irib 371

Normas de Publicação para Autores 373

Editorial

Nosso colega de coordenação Marcelo Salaroli de Oliveira irá nos deixar a partir desta edição. Prometeu-nos que continuará colaborando conosco, mas, aprovado no Quarto Concurso para outorga de delegações de notas e de registro promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Marcelo removeu-se para uma delegação de Registro Civil das Pessoas Naturais e já está dedicando-se, de corpo e alma, à sua nova e mui nobre função. Aliás, conhecendo-o, não esperaríamos comportamento diverso dele. Envolvido nesta nova fase de sua vida, entendeu ele que deveria abrir espaço para que a coordenação da *Revista de Direito Imobiliário* fosse ocupada por um registrador imobiliário, e brindou-nos, em uma comunicação por e-mail, com uma frase que já estamos considerando antológica para a comunidade acadêmica que gira em volta da *RDI*, afirmando: "muito mais que selecionar artigos e definir uma linha editorial, o coordenador deve se relacionar com as pessoas e com a sua comunidade, deve ser um efervescente agitador das teses e antíteses, até exsurgir o sumo do conhecimento. Recordo meu orientador: para pesquisar é preciso ter pernas".

Esta frase, acreditamos, deverá constar no pórtico de entrada da *RDI* para inspirar e dar direção a todos os que futuramente ocuparem a posição pela qual hoje trafegamos com fugacidade. Marcelo expressou com invulgar percepção a essência da batalha acadêmica que travamos. O sociólogo Simon Schwartzman, ex-presidente do IBGE, em entrevista concedida à Revista *Veja*, n. 2.059, de 07.05.2008 (p. 15), afirmou que "fazer pesquisa significa participar de um grupo seleto e muito exigente de pessoas que estão produzindo conhecimento de fronteira". E como precisamos de pessoas assim!

A produção científico-acadêmica torna-se necessidade cada vez mais inadiável para os cultores do direito registral-imobiliário, a cada dia mais convocado pela sociedade para atender a um plexo de necessidades que trafega desde os tradicionais negócios jurídicos civilistas até complexas questões de direito urbanístico, ambiental, administrativo, tributário, de

fomento do crédito e da produção imobiliários, dentre outros. E isso em um tempo de mudanças tão drásticas, até em função da chamada "revolução da informação", que um autor de nomeada, como Umberto Eco, deixou transparecer sua perplexidade em entrevista concedida ao Caderno Mais!, da *Folha de São Paulo*, de 11.05.2008, afirmando que "estamos em velocidade tão grande que não existe nenhuma bibliografia científica americana que cite livros de mais de cinco anos atrás", assustado com a perda da memória que essa realidade produz.

Isso só aumenta nossa necessidade e responsabilidade de produzirmos doutrina sólida na nossa área de pesquisa. Atenta a essa necessidade, a *RDI* tem a imensa satisfação de receber como novo coordenador Marcelo Augusto Santana de Melo, Oficial de Registro de Imóveis de Araçatuba, aprovado no Segundo Concurso para outorga de delegações do TJSP. Enquanto dizemos "até breve" para o Marcelo Salaroli, ao Marcelo Melo, pesquisador ávido e autor de vários e conhecidos trabalhos na área registral-imobiliária, o qual preenche à abundância os requisitos referidos pelo Marcelo Salaroli, dizemos com grande prazer e orgulho: bem-vindo!

Sérgio Jacomino
Marcelo Salaroli de Oliveira
Marcelo Augusto Santana de Melo
Luciano Lopes Passarelli

I DOUTRINA NACIONAL

1

Concessão especial de uso para fins de moradia: a interface entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sustentável em áreas de preservação permanente

CINTIA MARIA SCHEID

Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela UNISC. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Tabeliã e Registradora Civil na Comarca de Bom Jesus, RS.

RESUMO: O presente trabalho objetiva abordar a concessão especial de uso para fins de moradia enquanto instrumento mediador entre o direito fundamental à moradia e o direito fundamental ao meio ambiente sustentável, nos assentamentos informais urbanos em áreas de preservação permanente. O grave problema da moradia que se verifica nesses locais é o reflexo da urbanização excludente e da ausência de políticas públicas habitacionais condizentes com a realidade brasileira, em que a população de baixa renda foi simplesmente alijada da chamada cidade formal. Essa informalidade é uma das principais características da urbanização brasileira, e não raras vezes ocorre em áreas ambientais originariamente inapropriadas para esse fim. A concessão especial de uso para fins de moradia é um facilitador no tratamento dessa dinâmica, na medida em que o direito à cidade sustentável pressupõe a harmonia entre moradia e meio ambiente, conceitos complementares e interdependentes no meio ambiente urbano.

RESUMEN: El presente trabajo objetiva abordar la concesión especial de uso para fines de habitación como instrumento mediador entre el derecho fundamental a la habitación y el derecho al medio ambiente saludable, en los asentamientos informales urbanos en áreas de preservación permanente. El grave problema de la habitación que se verifica en esos locales es el reflejo de la urbanización excluyente y de la ausencia de políticas públicas habitacionales compatibles con la realidad brasileña, en que la población de baja renta fue simplemente alijada de la llamada ciudad formal. Esa informalidad es una de las principales características de la urbanización brasileña, y a menudo ocurre en áreas ambientales originariamente inapropiadas para tal fin. La concesión especial de uso para fines de habitación es un facilitador para el tratamiento de esa dinámica, pues el derecho a la ciudad sostenible presupone la harmonía entre habitación y medio ambiente, conceptos complementares en el medio ambiente urbano.

ÁREA DO DIREITO: Urbanístico; Ambiental; Registral Imobiliário

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia – Direito ao meio ambiente sustentável – Concessão especial de uso para moradia – Áreas de preservação permanente.

PALABRAS-CLAVE: Derecho a la habitación – Derecho al medio ambiente sostenible – Concesión especial de uso para la habitación – Áreas de preservación permanente.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As áreas de preservação permanente e os assentamentos urbanos informais: uma relação de interdependência sistêmica – 3. A concessão de uso especial para fins de moradia: breve panorama dogmático – 4. A compatibilização entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sustentável – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A formatação das cidades modernas é o reflexo da reprodução do capital. Em termos de Brasil, isso fica evidente quando se analisa o surgimento da população urbana, impulsionada pela industrialização a partir de 1940.[1] Foi entre as décadas de 1940 e 1980 que o País teve seu mais intenso ritmo de urbanização, cuja taxa salta de 26,35%, em 1940, para 68,86%, em 1980, havendo uma verdadeira inversão do lugar de residência da população brasileira.[2]

Esse ritmo de urbanização acentuado não ocorreu sem deixar marcas. A passagem para uma população predominantemente urbana (82% da população do país vive, atualmente, em área urbana, sendo que há menos de um século a proporção era de 10% da população nacional[3]) acarretou a expansão periférica e precária das cidades.

Todavia, essa explosão urbana não é o único fator responsável pelo cenário caótico e desigual com o qual nos deparamos atualmente nas cidades brasileiras. Com efeito, o processo de industrialização propulsor da urbanização não incluiu no valor dos salários o custo da *mercadoria habitação*. O então novo cidadão urbano, operário da indústria brasileira, não ganha o suficiente para pagar o preço da moradia fixado pelo chamado mercado formal. Aliado a isso, a legislação urbanística e fundiária sempre se mostrou de tal forma exigente e complexa que criou um padrão de uso e ocupação do solo que, ao lado de políticas e investimentos públicos destinados ao setor mais abastado e promissor da cidade, fomentou a especulação fundiária. Por conseguinte, restou obstaculizado o acesso formal à moradia pela população de baixa renda.

1. Consoante Milton Santos (1994, p. 27), o termo "industrialização" não pode ser tomado em sentido estrito, tão-somente como a criação de atividades nos lugares, mas sim no seu significado mais amplo, como processo social complexo, em que se incluem a formação de um mercado nacional, os esforços de equipamento do território para torná-lo integrado, como a expansão do consumo em diversas frentes, impulsionando a vida de relações e ativa do próprio processo de urbanização.
2. SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 29.
3. <http://www.cidades.gov.br/>. Acesso em: 31 jul. 2007.

Os produtos dessa equação são os assentamentos periféricos, informais e precários dessa nova parcela da população urbana, resultando na proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano como uma das principais características da urbanização brasileira. É nesse contexto de exclusão e de absoluta carência que áreas de importância ambiental, legalmente protegidas e não utilizadas pelo mercado imobiliário, passaram a integrar o destino dos assentamentos urbanos informais.

Nesse diapasão, pode-se concluir que a questão ambiental urbana é também um problema de moradia e de elaboração de políticas públicas que viabilizem o acesso da população de baixa renda a uma moradia minimamente digna, com localização ambiental apropriada e provida da infra-estrutura e serviços públicos mínimos para se viver adequadamente.

Conforme adverte Maricato,[4] não é por falta de planos nem de legislação urbanística que as cidades brasileiras crescem de modo predatório, pois há um expressivo aparato normativo que regula a produção do espaço urbano no Brasil, mas que sempre desconsiderou as condições de ilegalidade em que vive a significativa parte da população urbana brasileira que ocupa os assentamentos urbanos informais. E com a legislação ambiental não é diferente.

É nessa conjuntura que a edição do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) se caracteriza um marco importante para o desenvolvimento de uma política urbana includente, na medida em que reconhece esse passivo social-urbano de irregularidade fundiária e precariedade da moradia, e traz consistentes instrumentos jurídicos para a promoção da regularização dos assentamentos urbanos informais, seja regulamentando instrumentos já existentes, como a concessão de direito real de uso (CDRU), seja criando novos instrumentos urbanísticos, como a concessão de uso especial para fins de moradia.

Assim, o presente trabalho realizará, num primeiro momento, um recorte conceitual e normativo a respeito das áreas de preservação permanente e dos assentamentos urbanos informais, para, então, analisar a relação que se estabelece entre ambos no atual contexto urbano. Após, abordará a concessão de uso especial para fins de moradia desde uma ótica dogmática, para, finalmente, apresentar uma interpretação da concessão de uso especial em prol da compatibilização entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sustentável naquelas situações de assentamentos precários urbanos em áreas de preservação permanente, como reflexo da busca pela concretização do direito à cidade sustentável.

2. As áreas de preservação permanente e os assentamentos urbanos informais: uma relação de interdependência sistêmica

Para analisar a questão urbana ambiental, desde a perspectiva dos assentamentos urbanos informais em áreas de preservação permanente, é necessário traçar um referencial teórico-normativo do tema.

4. MARICATO, Herminia. *A cidade do pensamento único: desmanchando conceitos*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 147.

Inicialmente, há que ter presente que as Áreas de Preservação Permanente – APP – se caracterizam por serem áreas em que a lei impõe que a vegetação seja mantida intacta, a fim de garantir a preservação dos recursos hídricos, da estabilidade geológica e da biodiversidade, para o bem-estar da população. Esse regime legal de proteção das áreas de preservação permanente é bastante rígido, e somente admite a supressão da vegetação em caráter excepcional: nos casos de utilidade pública ou de interesse social quando sejam legalmente previstos.[5]

Essas áreas estão contempladas no Código Florestal (Lei 4.771/65), e podem ser de dois tipos:

a) aquelas criadas diretamente pelo próprio Código Florestal, através do *caput* e incisos do seu art. 2.º, e, em regra, não geram direito à indenização;[6]

b) aquelas previstas pelo Código Florestal, mas cuja criação depende de ato declaratório específico do Poder Público, conforme determina o parágrafo único do referido art. 2.º, ao dispor:

"No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo".

A redação deste parágrafo único do art. 2.º do Código Florestal tem dado margem a diversas e conflitantes interpretações. Por um lado, alguns entendem que os limites referidos pela lei implicam impossibilidade de a lei municipal fixar padrões mais rigorosos que os contidos na federal, pois esta, segundo este

5. ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *As áreas de preservação permanente e a questão urbana*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados: 2002. p. 3.
6. "Art. 2.º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 – de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 – de 50 (cinqüenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinqüenta) metros de largura; 3 – de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinqüenta) a 200 (duzentos) metros de largura; 4 – de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; 5 – de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinqüenta) metros de largura; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação."

entendimento, instituí um teto para evitar que a propriedade urbana não seja mais onerada que a rural em face das restrições impostas para a preservação ambiental no exercício de sua utilização. De outra banda, há quem defenda que o Código Florestal institui, na verdade, limites mínimos a serem observados na utilização da propriedade urbana, de tal sorte que as áreas de preservação permanente a serem criadas nos municípios devem, no mínimo, observar esses limites da lei federal. Por fim, há aqueles que sustentam a não aplicação dos limites referidos no Código Florestal para a definição de áreas de preservação permanente urbanas, notadamente após o advento da Lei do Parcelamento do Solo Urbano – 6.766/79 – que determinou uma faixa *non aedificandi* de quinze metros ao longo das águas correntes e dormentes para os loteamentos urbanos, com o que o assunto deve ser regulado pela legislação urbanística.[7]

No que diz respeito à supressão das áreas urbanas de preservação permanente, a questão tampouco é tranqüila. Previa o Código Florestal, antes da redação dada pela MedProv 2.166-67/01, no § 1.º do art. 3.º, que "a supressão total ou parcial das florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social". Assim, enquanto parte da doutrina entendia que as áreas de preservação permanente do art. 2.º, ou seja, aquelas instituídas pelo próprio Código Florestal, somente poderiam ser suprimidas ou alteradas por lei federal e nunca por ato do Poder Executivo,[8] o Ibama, ao contrário, entendia que a supressão veiculada no § 1.º do art. 3.º se aplicava àquelas áreas de preservação permanente criadas pelo próprio Código Florestal através do art. 2.º.[9]

Com a redação dada pela MedProv 2.166-67/2001, o art. 4.º do Código Florestal passou a estabelecer que: "a supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto".

No entanto, a mencionada medida provisória não revoga expressamente a anterior disposição do Código Florestal (art. 3.º, § 1.º) a respeito do assunto, de maneira que ainda não há clareza sobre o exato tratamento a ser dispensado à supressão das áreas de preservação ambiental criadas pelo Código Florestal no art. 2.º.

Em 2006 foi editada a Res. 369 do Conama (Conselho Nacional do Meio Ambiente), que prevê, em seu art. 1.º, a possibilidade de autorização de supressão para intervenção ou supressão de vegetação em APP para casos excepcionais. Um desses casos é classificado como de *interesse social*, em que se insere a regularização fundiária (art. 2.º, II, *c*, da Resolução), mas a supressão somente será possível se houver autorização do órgão ambiental municipal (desde que haja conselho de meio ambiente com caráter deliberativo no Município e plano

7. ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Op.cit., p. 5.
8. MACHADO, Paulo Affonso de Leme. Apud ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Op. cit., p. 6.
9. Ibidem, p. 5.

diretor) ou haja anuência prévia do órgão ambiental estadual fundamentada em parecer técnico, consoante art. 4.º, § 2.º, da Resolução.

A autorização para supressão em caso de regularização fundiária está prevista na Seção IV da Resolução, que prevê a concessão especial de uso para fins de moradia como uma das hipóteses passíveis de supressão. Ocorre, no entanto, que o alto grau de exigências para que seja autorizada a supressão não condiz com a realidade das irregularidades fundiárias urbanas, notadamente no caso da concessão especial de uso para fins de moradia, em que já houve, de fato, a supressão que se pretende autorizar no papel. Com efeito, o que se verifica da simples leitura da Res. 369 do Conama é a dificuldade de se atender a todas exigências, principalmente no caso de assentamentos urbanos informais em APP, dada a situação consolidada em que já se encontram. Talvez seja esta a razão pela qual essa Resolução não tem obtido a ressonância prática esperada.

É imprescindível ter presente que os assentamentos urbanos informais não seguem essa lógica de regime jurídico ambiental. De fato, esses assentamentos se configuram, justamente, como o resultado de um processo informal de desenvolvimento urbano, decorrente da busca pela moradia urbana por parte da população de baixa renda, que, em face da ausência de alternativas formais, foi se instalando em áreas desocupadas, e, por óbvio, sem observar as determinações urbanísticas e ambientais, originando a chamada irregularidade fundiária.[10]

Com isso, muitos dos assentamentos ocorreram em áreas de preservação permanente, especialmente em mangues, mananciais e na beira de rios e córregos, pois foi (e continua sendo) a alternativa encontrada para ter viabilizado o acesso à água, seja para abastecimento, seja para esgotamento, já que não contam com serviços de fornecimento de água e saneamento. Justamente porque são irregulares e informais, o Poder Público não realiza qualquer tipo de obras nesses locais para proporcionar a infra-estrutura necessária a tais serviços. Aliás, é interessante notar que uma característica marcante das cidades antigas é a sua instalação perto de rios, exatamente pelas facilidades que essa localização proporciona.[11]

Ainda, não se pode olvidar que muitos desses assentamentos ocorreram em locais que originariamente não eram áreas de preservação permanente, sendo, posteriormente à ocupação, declarados como tais, o que evidencia a dissociação existente entre a legislação ambiental e realidade social-urbana, a exemplo do que sempre ocorreu com as normas urbanísticas e fundiárias. De qualquer forma, seja num ou noutro caso, o fato é que o Poder Público foi, no mínimo, conivente com essa situação, que se mostra perniciosa tanto para os que residem nesses locais quanto para a população em geral.

10. "Irregularidade fundiária" é a concretização dos assentamentos urbanos informais, ou seja, diz respeito aos distintos processos de consolidação dos assentamentos informais, sendo muitos os tipos em que é possível identificá-la: favelas, ocupações de propriedade pública ou privada, loteamentos clandestinos ou irregulares, cortiços (habitações coletivas familiares).
11. SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e urbanização*. São Paulo: Contexto, 2005. p. 18-19.

Logo, a interface que se estabelece entre as áreas de preservação permanente e os assentamentos urbanos informais, nela existentes, deve ser contextualizada sistemicamente, pois não há como tratar essas duas questões separadamente se o que se pretende é uma cidade sustentável, aquela em que são garantidos os direitos "à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações".[12]

Dessa forma, há que se compreender a cidade como "um ecossistema que contém uma comunidade de organismos vivos, onde predomina o homem, num meio físico que se vai transformando, fruto da atividade interna, e num funcionamento a base de trocas de matéria, energia e informação".[13]

Nessa direção, a concepção do meio ambiente urbano abrange o ambiente natural e o ambiente construído artificialmente pela ação humana, com todas suas peculiaridades e problemas, na medida em que a cidade "não é somente uma construção humana; ela é esta construção somada a todo um suporte que a precedeu – Natureza – mais as atividades humanas".[14] Não há, portanto, como contemplar o direito à cidade sustentável enfocando o direito à moradia do homem e o direito ao meio-ambiente de forma compartimentada, pois são conceitos interdependentes que se fundem para formar o núcleo da cidade sustentável.

É sob este paradigma que se devem desenvolver a abordagem e o entendimento da questão urbano-ambiental dos assentamentos informais, em que a cidade é um todo, onde o direito à moradia e o direito ao meio ambiente se complementam, e assim devem ser tratados. Na linha de Edésio Fernandes, não há conflito entre esses dois direitos, pois "os dois são direitos sociais constitucionalmente protegidos com a mesma raiz conceitual, o princípio de função sócio-ambiental da propriedade. O desafio é compatibilizar esses dois direitos, o que somente pode ser feito pela construção não de cenários ideais, certamente não de cenários inadmissíveis, mas de cenários possíveis. Onde valores constitucionais forem incompatíveis e um tiver que prevalecer, medidas concretas têm de ser tomadas para mitigar ou compensar o valor afetado".[15]

Concluindo, na medida em que o meio ambiente urbano só existe em função do homem, o problema dos assentamos urbanos em áreas de preservação permanente deve incluir, para além das determinações ambientais, a problemática social urbana em que ambos, meio ambiente e homem, estão inseridos,

12. Art. 2º, I, do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).
13. ARAÚJO, Luiz Ernani de; VIEIRA, João Telmo. Normas reguladoras da expansão urbana na ótica da complexidade ambiental: em busca da concretização de um ambiente ecologicamente equilibrado. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. p. 2.167-2.168.
14. MENDONÇA, Francisco. SAU – Sistema Ambiental Urbano: uma abordagem dos problemas socioambientais da cidade. In: MENDONÇA, Francisco (Org.). *Impactos socioambientais urbanos*. Curitiba: UFPR, 2004. p. 185.
15. FERNANDES, Edésio. *Preservação ou moradia?* Falso conflito. Disponível em: <http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel1606b.asp>.

formando um sistema. Somente através de uma análise transdisciplinar e não dicotômica é que será possível alçar vôos para alcançar a tão propagada cidade sustentável.

3. A CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA: BREVE PANORAMA DOGMÁTICO

A concessão de uso especial para fins de moradia é um instrumento jurídico de política pública urbana, previsto pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) no art. 4.º, V, *h*, e cujos fundamentos residem no direito à moradia, enquanto direito fundamental social previsto no art. 6.º da CF/88, e no cumprimento da função social da propriedade pública, tendo em vista a vedação constitucional de usucapir imóveis públicos. Assim, naquelas situações em que à propriedade pública não tiver sido dada uma destinação que vise satisfazer os interesses da sociedade, e sobre a qual se está exercendo o direito fundamental à moradia por pessoas carentes, deverá ser reconhecido este direito à moradia mediante a concessão de uso especial para tal finalidade.[16]

Cabe referir, para os fins deste trabalho que, inicialmente, o projeto de lei do Estatuto da Cidade pretendia discipliná-lo nos arts. 15 a 20, mas estes restaram vetados pelo Presidente da República,[17] em função de um debate bastante forte que se deu na última fase de tramitação do projeto de lei, em virtude dos potenciais efeitos ambientais negativos da concessão de uso especial para fins de moradia. Em substituição aos artigos vetados, o Presidente da República editou a MedProv 2.220, de 04.09.2001, que regulamenta a concessão de uso de que trata o § 1.º do art. 183 da CF/88, e tem sua vigência garantida pelo art. 2.º da EC 32, de 11.09.2001.[18]

Dispõe o art. 1.º da referida MedProv 2.220/2001:

"Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural".

A limitação temporal ressalvada no art. 1.º da MedProv 2.220/2001, de que a concessão somente será outorgada àquelas pessoas que preencherem os

16. Art. 183 da CF/88: "Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1.º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil".
17. Razões do veto: Mensagem 730, de 10.07. 2001 (*DOU* 11.07.2001).
18. EC 32, de 11.09.2001. "Art. 2.º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional".

requisitos até 30.06.2001, está nas razões do veto do Presidente da República, que ponderou que "o projeto não estabelece uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada". Assim, a concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se somente a situações pretéritas, evidenciando o caráter curativo deste instrumento de regularização fundiária para os casos consolidados de irregularidade.

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,[19] a concessão de uso especial para fins de moradia, uma vez preenchidos os requisitos legais, configura-se direito subjetivo do possuidor, não podendo o Poder Público recusar o título respectivo. Dessa forma, a concessão de uso deixa de ser uma faculdade do Poder Público em promover a regularização fundiária das áreas ocupadas pela população de baixa renda para caracterizar-se como direito subjetivo do possuidor, sendo este direito declarado por via administrativa. Será, todavia, atribuído judicialmente quando houver recusa ou omissão do órgão responsável pela concessão, hipótese em que a sentença poderá ser registrada como título no Cartório de Registro de Imóveis.[20]

Há que se ressaltar, ainda, que esta concessão pode ser feita de forma individual ou de forma coletiva. A forma individual tem como requisitos que o possuidor esteja no imóvel de até 250m² há pelo menos cinco anos, de forma ininterrupta e sem oposição, e que não seja proprietário ou concessionário, sob qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Este direito será outorgado de forma gratuita e reconhecido ao homem, à mulher ou a ambos, independentemente de seu estado civil. O direito à concessão de uso especial para fins de moradia não será reconhecido ao mesmo possuidor por mais de uma vez. Já a concessão de uso especial para fins de moradia na forma coletiva o requisito que a distingue da individual é de que o imóvel tenha área *superior* a 250m², e que não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor.

Para computar o período de posse de cinco anos ininterruptos é possível que o possuidor acresça ao seu prazo o de seu antecessor, desde que ambos os períodos sejam contínuos. E, no caso de herdeiro legítimo, este continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

O título outorgado não resulta na obtenção do domínio da área pública, como ocorre no reconhecimento da usucapião urbana, mas é possível a transferência desse título, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, cuja publicidade, de caráter declaratório, se dá com o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Assim, com o título registrado, o beneficiário da concessão de uso especial para fins de moradia, seja individual ou coletiva, poderá solicitar, individualmente, financiamento para melhorar ou ampliar as condições de habitabilidade de sua moradia. Nesse sentido, é importante citar que a Lei 11.481, de 31.05.2007,

19. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Concessão de uso especial para fins de moradia.* In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade.* (Comentários à Lei 10.257). São Paulo: Malheiros, 2003. p. 165.
20. Art. 6.º, §§ 3.º e 4.º, da MedProv 2.220/2001.

que visa transpor os obstáculos para regularização fundiária de assentamentos de baixa renda em áreas públicas pertencentes à esfera federal, inclui, como direito real no Código Civil brasileiro, a concessão de uso especial para fins de moradia, que passa, também, a ser reconhecida como objeto de garantia real em financiamentos habitacionais.[21]

Para garantir o direito à moradia através deste instrumento de regularização fundiária, poderá o Poder Público, excepcionalmente, conceder o uso especial de moradia em outro local que não aquele onde o possuidor exerceu a sua posse,[22] nas seguintes situações: quando a área ocupada for de uso comum do povo; quando for anteriormente destinada a projeto de urbanização; quando for de interesse da defesa nacional, ou de preservação ambiental e de proteção dos ecossistemas naturais, e ainda quando for reservada à construção de represas e obras congêneres ou situada em via de comunicação.

Essa faculdade não implica o não-reconhecimento da concessão de uso especial, pois, repita-se, trata-se de um direito subjetivo da população que reside nesses locais, e sim que o Poder Público, ao reconhecer esse direito, oferecerá alternativas para reassentá-la dignamente na hipótese de o local ser totalmente inadequado à moradia.

Merece destaque, ainda, que quanto à necessidade de desafetação dessas áreas públicas ocupadas para a concessão de uso especial para fins de moradia, há quem entenda que, em face das novas regras trazidas pelo Estatuto da Cidade, a desafetação da área objeto de concessão seria desnecessária, já que o direito de uso tem agora o caráter de um direito subjetivo que se caracteriza pela posse por cinco anos em terreno público, de tal sorte que a incidência mesma do direito teria o condão de desafetar a área, e o próprio uso para fins de moradia traria uma nova afetação ao imóvel público. De acordo com este entendimento, se a desafetação for considerada um pré-requisito para a concessão de uso, a idéia de direito subjetivo perde o sentido, pois se estará retrocedendo a um patamar de faculdade do Poder Público, já que será necessária a aprovação de lei municipal para aperfeiçoar a desafetação e, com isso, todo um processo de convencimento político. Essa posição, todavia, não é pacífica, pois também há o entendimento daqueles que defendem que todo bem de uso comum do povo, quando destinado a outra finalidade, deve necessariamente ser desafetado por lei municipal, quando há a possibilidade de se promover um debate político sobre a questão.[23]

Finalmente, cumpre referir que haverá a possibilidade de extinção da concessão especial de uso para fins de moradia quando o morador usar o imóvel para outra finalidade que não seja a estabelecido por lei, ou se for comprovado que ele possui outro imóvel urbano ou rural. Nesses casos, tendo sido registrada na matrícula do imóvel a concessão, basta a declaração do Poder Público conce-

21. Arts. 1.225 e 1.473, respectivamente, do CC.
22. Arts. 4.º e 5.º da MedProv 2.220/2001.
23. *Manual: regularização da terra e moradia* – O que é e como implementar. Instituto Polis (Coordenação Executiva). São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002. p. 105.

dente para que se proceda, da mesma forma, à averbação da rescisão do contrato e a conseqüente extinção do direito. Isso não impede, contudo, que o interessado utilize o imóvel para fins comerciais, hipótese em que deve providenciar uma *autorização de uso*, sem caráter de direito real, e desde que comprove a posse, anterior a 30.06.2001, há mais de cinco anos, que também será gratuita, podendo o possuidor somar o seu tempo com o dos posseiros anteriores.[24]

Esboçado, ainda que brevemente, um panorama dogmático sobre a concessão de uso especial para fins de moradia, cumpre analisar a importância deste instrumento na proteção do direito à moradia minimamente digna na dinâmica dos assentamentos urbanos informais em áreas de preservação permanente.

4. A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O DIREITO À MORADIA E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL

Conforme já referido, a informalidade urbana, como característica do processo de expansão das cidades brasileiras, tem provocado a ocupação crescente de áreas de preservação permanente.

Não há dúvidas de que essa prática causa prejuízos ambientais. Contudo, ela é o reflexo da realidade social-urbana que cada vez mais segrega e exclui, e que deve ser enfrentada na elaboração e adoção de políticas públicas de inclusão social, principalmente as políticas de regularização fundiária que pretendem, para além das dimensões jurídicas e urbanísticas, proporcionar condições efetivas de inclusão dessas áreas (e pessoas, sobretudo) na chamada cidade formal.

A elaboração de uma política pública dessa envergadura depende não somente do empenho e da seriedade do Poder Público municipal, que é quem detém a competência constitucional para a execução da política de desenvolvimento urbano, mas também e essencialmente da integração dos atores diretamente responsáveis pela implementação desta política de regularização fundiária com aqueles que detêm o encargo de preservar o meio ambiente, cuja ação é pautada por um marco regulatório e normativo ambiental completamente alheio à realidade urbanística brasileira. Realmente, "a questão das ocupações em áreas ambientais continua dividindo grupos. Trata-se de nova expressão do velho conflito entre os defensores da 'agenda verde' do meio ambiente e da 'agenda marrom' das cidades, conflito traduzido no crescimento paralelo e potencialmente antagônico de dois ramos do direito público, o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico. Infelizmente, tais grupos têm sido insensíveis para com as demandas do outro, gerando assim decisões administrativas e judiciais conflitantes que vão da remoção de milhares de famílias pobres sem preocupação com suas necessidades de moradia, às decisões tomadas em prol dos moradores sem preocupação com valores ambientais".[25]

Nesse contexto, a concessão de uso especial para fins de moradia parece fazer a ponte necessária entre esses dois universos aparentemente antagônicos, na medida em que possibilita a análise casuística para, ponderando os aspectos ambientais e sociais em cada caso concreto, ceder frente ao direito fundamental

24. Ibidem, p. 106.
25. FERNANDES, Edésio. Op. et loc. cits.

à moradia, ao deslocar a população para outro local, ou ceder frente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao permitir a permanência da população no mesmo local.

Este instrumento de política urbana, ao pressupor uma situação consolidada, em que a área já esteja ocupada, no mínimo, há cinco anos ininterruptamente, dificilmente se destinará a um local em que ainda seja possível vislumbrar as características que a tornaram objeto de proteção ambiental. Com efeito, o tempo cristalizou direitos para os ocupantes dessas áreas, o que é reconhecido na própria CF/88 (art. 183), e, por conseguinte, no Estatuto da Cidade (art. 4.º, V, *h*) e na MedProv 2.220/2001. Assim, é possível que "uma área densamente ocupada, com todas as interações decorrentes (esgoto, produção de resíduos sólidos, destinação de águas servidas, impermeabilização do solo etc.) permaneça com as características que lhe gravaram como APP? Não seria ambientalmente mais adequado identificar o que ainda é possível proteger e no restante investir em urbanização (tratamento de esgoto, medidas para conter impermeabilização, controle das edificações etc.) para minimizar os impactos decorrentes da ocupação? Veja-se que não estamos tratando de situações individuais, localizadas, mas de um contexto que prepondera na maior parte das cidades de portes médio e grande brasileiras".[26]

Por certo, enquanto a questão não for enfrentada na sua real dimensão, e de forma integrada, a concessão especial de uso para fins de moradia se mostra um importante instrumento de garantia da moradia dessa parcela desprovida e desamparada da população brasileira que forma os assentamentos urbanos informais nas áreas de preservação permanente.

É nesse caminho que o Estatuto da Cidade inaugura um marco na questão da regularização fundiária urbana, na medida em que possibilita o seu desenvolvimento ao prever mecanismos capazes de enfrentar os obstáculos trazidos pela própria legislação brasileira (seja ela ambiental, urbanística ou fundiária), erigindo uma nova ordem de ação urbanística mediante o estabelecimento de critérios econômicos, sociais e ambientais para o desenvolvimento da política urbana.

Uma das novidades do Estatuto da Cidade para a regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais é justamente a concessão especial de uso para fins de moradia, que viabiliza o direito à moradia daquelas pessoas que ocupam áreas públicas. De fato, antes do advento desse instrumento, era necessária uma verdadeira acrobacia jurídica para garantir a continuidade da posse das famílias nesses locais. Hoje, com a previsão constitucional e a regulamentação infraconstitucional a questão está, em grande medida, resolvida. O que se apresenta como novo impasse é a regularização desses assentamentos em áreas de preservação permanente.

O desafio, então, está em desenvolver uma gestão urbana orientada para a regularização fundiária desses locais que seja capaz de conciliar as intervenções

26. PRESTES, Vanêsca Buzelato. A concessão especial para fins de moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade: uma exegese da MedProv n. 2.220 de 04 de dezembro de 2001. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre: CEDIM, n. 17, out. 2003, p. 145.

necessárias com padrões urbanísticos e ambientais. Essa gestão, no sentido já exposto neste trabalho, deve ser desenvolvida desde uma perspectiva holística, aliando as dimensões urbanísticas, ambientais e fundiárias sempre direcionadas para a defesa do direito humano fundamental social à moradia, em prol de uma cidade sustentável. Não sendo assim, dificilmente se conseguirá desenvolver uma política de regularização fundiária inclusiva, capaz de produzir impactos significativos na cidade.

É inegável que a alteração ou supressão de área de preservação ambiental deve ser revestida de cautelas, sob pena de se comprometer a conservação e a proteção de áreas de predominância ambiental. Todavia, quando houver relevante interesse social, como é o caso da moradia consolidada de quem habita essas áreas, a desafetação já se concretizou no mundo dos fatos, de forma que a lei ambiental não se configura como justificativa para a não regularização desses assentamentos.[27]

Por isso, a previsão da MedProv 2.220/2001 de que no caso de a área assentada ser de interesse para preservação ambiental e para proteção dos ecossistemas naturais (onde se incluem as APP), o Poder Público tem a faculdade de transferir os ocupantes para local diverso, deve ser interpretada à luz do direito fundamental à moradia. Com isso, não se quer defender que este deve prevalecer inadvertidamente em face do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e sim que a decisão do Poder Público em assegurar o exercício da concessão especial de uso para fins de moradia em outra área deve considerar a situação concreta em face de cada contexto local, sempre orientada pela função social consagrada pelo uso do imóvel.

Assim, havendo condições seguras de habitação e havendo a memória do exercício do direito à moradia por população de baixa renda, naquele local, não pode o Poder Público determinar o deslocamento. Esta medida poderia ser cogitada quando, por exemplo, a área em questão oferecer sérios riscos à vida das pessoas que ali habitam, pois a regra a ser observada é a da sua permanência no local onde se estabeleceram e criaram os laços de construção de suas vidas. A Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro prevê, no art. 429, VI, a proibição da remoção como um dos preceitos a serem observados na política de desenvolvimento urbano, ao determinar a "urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes".[28]

A legislação ambiental, então, deve ser observada para assegurar a qualidade de vida das pessoas que vivem nos assentamentos urbanos informais em áreas de preservação permanente, orientando as intervenções a serem feitas no local para garantir não somente o direito à moradia, mas, sobretudo, o direito à moradia digna, através da implementação de condições adequadas de saneamento (tratamento de esgoto, de coleta de lixo, limpeza ou canalização de córregos) e fornecimento de serviços de abastecimento de água e transporte.[29]

27. *Manual: regularização da terra e moradia...* cit., p. 128.
28. Disponível em: <http://www2.rio.rj.gov.br/pgm/LeiOrganica/leiorganica>.
29. *Manual: regularização da terra e moradia...* cit., p. 129.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cidade sustentável somente será possível desde uma perspectiva equilibrada do meio ambiente urbano, em que não se dissocie o homem da natureza. A análise dessa dinâmica unicamente sob a ótica ambiental, sem considerar as questões sociais inerentes ao ambiente urbano, é um entrave para a conquista de uma cidade equânime.

Com efeito, a tentativa de solucionar os problemas urbanos, notadamente o da precariedade da moradia nos assentamentos urbanos informais em áreas de preservação permanente, desde uma ótica restrita da legalidade (urbanística, fundiária e ambiental), é inócua, pois o contexto em que essas questões estão inseridas é muito mais complexo do que a mera subsunção dos fatos à lei.

Impõe-se, neste sentido, o reconhecimento dessa realidade como condição *sine qua non* para que se possa iniciar um processo de transformação nas cidades em todos os seus aspectos: social, urbanístico e ambiental. De fato, as políticas urbanas, principalmente as de regularização fundiária de assentamentos urbanos informais, demandam um tratamento interdisciplinar em todas as suas dimensões, mas para isso é preciso construir uma consciência sobre a cidade real.

Somente dessa forma será possível eliminar o aparente conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente equilibrado. É nesse contexto que instrumentos importantes, como o da concessão especial de uso para fins de moradia, se mostram fundamentais no tratamento desse tema, na medida em que trazem à tona questões cruciais que se encontram camufladas sob o pretexto da legalidade.

É com a efetivação do direito à moradia, portanto, que será possível promover as ações no sentido de se buscar uma cidade sustentável, em que questões de alta importância como o meio ambiente saudável entra em pauta de mãos dadas com a moradia minimamente digna, para serem tratados de forma harmônica e complementar, pois só assim a cidade será apreendida na sua plenitude.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso; VIEIRA, João Telmo. Normas reguladoras da expansão urbana na ótica da complexidade ambiental: em busca da concretização de um ambiente ecologicamente equilibrado. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas:* desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *As áreas de preservação permanente e a questão urbana*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados: 2002.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006 e <www.planalto.gov.br>.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de uso especial para fins de moradia. In: DALLARI, Adilson Abreu; Sérgio Ferraz (Coord.). *Estatuto da Cidade*. (Comentários à Lei 10.257). São Paulo: Malheiros, 2003.

FERNANDES, Edésio. *Preservação ou moradia?* Falso conflito. Disponível em: <http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel1606b.asp>.

Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Manual: regularização da terra e moradia – O que é e como implementar. Instituto Polis (Coordenação Executiva). São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002.

MARICATO, Herminia. *A cidade do pensamento único:* desmanchando conceitos. Petrópolis: Vozes, 2000.

Medida Provisória 2.220 de 2001. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

MENDONÇA, Francisco. SAU – Sistema Ambiental Urbano: uma abordagem dos problemas socioambientais da cidade. In: MENDONÇA, Francisco (Org.). *Impactos socioambientais urbanos*. Curitiba: UFPR, 2004.

PRESTES, Vanêsca Buzelato. A concessão especial para fins de moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade: uma exegese da MedProv n. 2.220 de 04 de dezembro de 2001. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre: CEDIM, n. 17. out. 2003.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1994.

SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e urbanização*. São Paulo: Contexto, 2005.

Sites consultados:

<http://www2.rio.rj.gov.br/pgm/LeiOrganica/leiorganica.html>.

<http://www.cidades.gov.br//index>.

<http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel1606b.asp>.

2
A questão fundiária em Timor-Leste

DANIELA CORRÊA DA SILVA

Mestre em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade do Vale do Paraíba. Funcionária da Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo (Itesp). Advogada.

RESUMO: Timor-Leste é a mais nova nação do mundo, tendo lutado contra o colonialismo português e a dominação Indonésia. A ocupação Indonésia provocou muitos danos no país, com a perda de muitas vidas e o deslocamento forçado de pessoas. A saída das forças militares foi ainda mais trágica, pois, num ato de vingança, as milícias apoiadas pelas forças armadas provocaram uma verdadeira destruição no país. Atualmente, Timor conta com a ajuda internacional para desenvolver sua estrutura política, econômica, jurídica e física. Muito já foi feito, mas ainda há muito por fazer, especialmente no setor da justiça e no tocante à questão das terras e propriedades. Os problemas fundiários são imensos e complexos, tendo em vista os diferentes sistemas que funcionaram ao longo de sua história. Aliado a isso, some-se o sistema tradicional de propriedades, a falta de registro das terras e os conflitos possessórios decorrentes das mudanças políticas no país. Para resolver essa questão tão delicada, o Governo conta com o apoio de importantes colaboradores e optou por adotar várias legislações, sendo que algumas já estão em vigor e outras ainda estão em forma de projetos a serem aprovados pelo Poder Público.

PALAVRAS-CHAVE: Timor-Leste – Costume – Tradicional – Problema – Fundiário.

ABSTRACT: East Timor is the newest nation in the world. It survived both Portuguese colonialism and Indonesian occupation. The Indonesian invasion, besides causing a lot of damage, resulted in many deaths and forced relocations. Indonesia's eventual departure from East Timor can be considered to be even more tragic because as an act of revenge, pro-Indonesian militias – a small minority that was in favour of continued integration with Indonesia – with Indonesian military support, laid waste to the whole country. Currently, East Timor is the recipient of international aid to develop, among others, its political, economic and judicial structures, and general infrastructure. While much has been accomplished, there is still a long way to go, especially in the areas of the judicial system, and land and property. The land problems in East Timor are huge and complex: many different systems have been used throughout East Timor's recent history. Further complications arise through the traditional system of land ownership, the lack of a land register, and ownership disputes deriving from the country's many political changes. In an attempt to solve these problems the Timorese Government has accepted support from various international actors and has adopted new legislation, some of which are in force and others which are still bills.

KEYWORDS: East Timor – Traditional – System – Problem – Land.

Sumário: 1. Introdução – 2. Contextualização – 3. A questão fundiária – 4. Caminho trilhado – 5. Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo traz uma sucinta abordagem sobre a situação fundiária em Timor-Leste, baseado na experiência vivenciada pela autora neste país, quando esta participou dos trabalhos desenvolvidos pelo "Programa de Legislação de Terras". Pretende-se, desta forma, oferecer ao leitor algumas informações sobre este pequeno e novo país de língua portuguesa, nomeadamente quanto aos trabalhos desenvolvidos na esfera fundiária.

O Programa de Legislação de Terras durou cerca de três anos, encerrando-se em março de 2006 e teve por finalidade apoiar o Governo timorense no desenvolvimento da legislação fundiária, culminando na elaboração do Projeto de Lei sobre Direito de Terras e Restituição de Títulos.

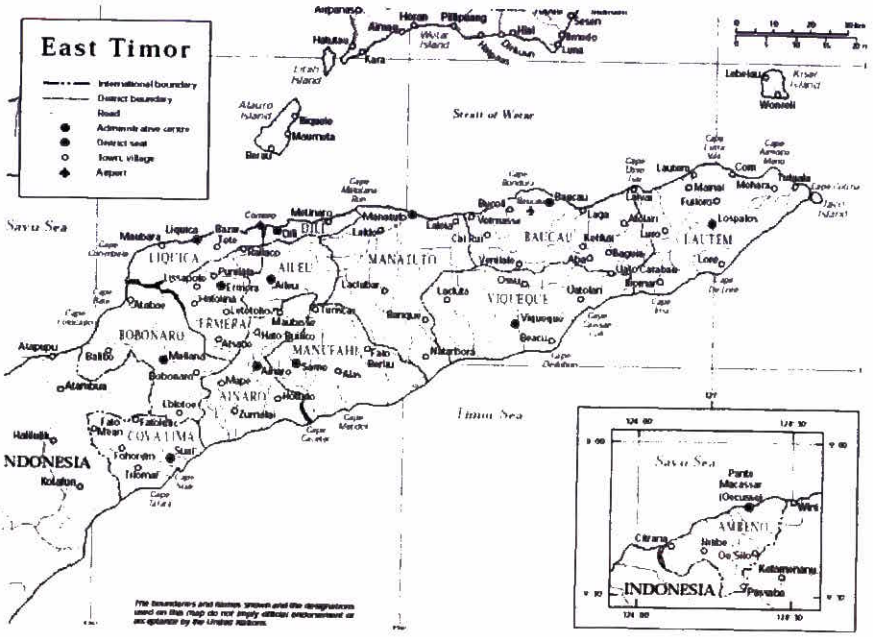
Para melhor situar a questão, vale mencionar, ainda que sucintamente, um pouco da história desse país.

2. Contextualização

Timor-Leste é a mais nova nação do mundo, tendo conquistado sua independência em 2002. Seu território situa-se na metade oriental da ilha de Timor, a norte da Austrália, no extremo do Sudeste Asiático e ocupa uma área de aproximadamente 15.000 Km2. Com uma população de aproximadamente 1 milhão de habitantes, o país possui mais de trinta dialetos, tendo como línguas oficiais o português e o tétum.

Vide mapa geográfico na página 28.

Figura 1 – Mapa de Timor-Leste


East Timor
International boundary
District boundary
Road
Administrative centre
District seat
Town, village
Airport
Savu Sea
Strait of Wetar
Timor Sea
Ombai Strait
Wetar Island
Atauro Island
Kisar Island
Wonreli
Dili
Baucau
Manatuto
Lautem
Viqueque
Ainaro
Manufahi
Bobonaro
Ermera
Aileu
Liquica
Covalima
Oecussi
Ambeno
INDONESIA
Pantar
Alor
Kalabahi
Kupang
Pasvabe
Atambua
Maliana
Suai
Lospalos
Com
Tutuala
Cape Fatucama
Cape Mundo Perdido
Cape Tenukutu
Cape Cikeusik
Cape Melville
Cape Bowling
Cape Bonbon
Cape Cekikit
Cape Tutuala
Cape Fatucama
Cape Matarei
Cape Cekikit
Cape Mundo Perdido
Cape Cikeusik
Cape Melville
Cape Bowling
Cape Bonbon
Cape Tenukutu

A ocupação Indonésia provocou muitos danos ao país, como a morte de mais de duzentas mil pessoas e o deslocamento forçado de muitas outras. A saída das forças militares foi ainda mais trágica, pois, num ato de vingança, as milícias apoiadas pelas forças armadas provocaram uma verdadeira destruição no país.

Entre 30 de agosto, data do Referendo, e a chegada da Força Internacional de Manutenção da Paz, nos finais de setembro, em retaliação ao povo timorense, as milícias iniciaram uma campanha generalizada de devastação, matando cerca de 1.300 timorenses e obrigando 300.000 pessoas a refugiarem-se em Timor Ocidental (GLENN, 2005, p. 15).

Mais da metade dos edifícios de Dili, a maior cidade do país, foi incendiada e destruída e muitas pessoas morreram, foram presas ou tiveram que fugir de suas casas. A infra-estrutura e os campos de cultivo do país foram seriamente danificados ou destruídos pelos ataques.

Atualmente, Timor conta com a ajuda internacional para desenvolver sua estrutura política, econômica, jurídica e física. Contudo, não obstante o grande progresso de consolidação da democracia, obtida nos anos pós-libertação da Indonésia, em abril de 2006, Timor mergulhou numa profunda crise institucional, marcada por conflitos políticos e de grupos rivais, além de pressões externas, cujas conseqüências levaram o país ao caos quase completo, com muita violência e com dezenas de milhares de refugiados, minando a esperança de um futuro democrático e promissor.

3. A QUESTÃO FUNDIÁRIA

No tocante à situação fundiária, pode-se afirmar que Brasil e Timor possuem um ponto em comum, qual seja, o caos na definição dominial. Por suas raízes coloniais, estes países foram vítimas da exploração de suas riquezas com vistas ao mercado externo. Também foram privados de sistemas políticos que organizassem a situação de suas terras, uma vez que convinha ao explorador a abundância de terras "públicas" para exploração comercial.

Não bastasse a exploração efetivada por Portugal durante quatro séculos, Timor ainda viveu sob o jugo da Indonésia durante vinte e cinco anos. Esse período na história da pequena ilha foi suficiente para acarretar todos os tipos de problemas fundiários imagináveis.

Os diferentes direitos de propriedade concedidos formalmente sob as diversas administrações, aliado às práticas tradicionais de posse de terra, bem como a destruição dos registros, a limitação do direito de propriedade aos cidadãos nacionais e a falta de um sistema de cartografia e de registro, fazem da questão fundiária um dos problemas mais sérios e complexos do país.

Quanto à diversidade de direitos estabelecidos nas diferentes administrações, lembramos que o regime português estabeleceu direitos como propriedade perfeita, aforamento, arrendamento, ocupação etc. Já o regime indonésio trouxe direitos como *hak milik* (direito de propriedade), *hak adat* (título consuetudinário), *hak guna usaha* (direito de exploração), *hak guna bangunan* (direito de uso de estruturas), *hak pakai* (direito de uso), *wakaf land* (terras religiosas),

dentre outros. Em Timor-Leste, tais direitos muitas vezes foram ou são exercidos por diferentes pessoas sobre a mesma área (URRESTA, 2004, p. 15).

A confusão aumenta quando se consideram as ocupações tradicionais, que nada mais são do que posses antigas que decorrem de sistemas praticados antes da ocupação portuguesa e que perduram até hoje, principalmente nas áreas rurais.

O governo indonésio também executou diversas expropriações ilegais de terras durante sua administração, uma vez que não havia qualquer tipo de indenização nesses atos. Para agravar o problema, a administração indonésia provocou diversas alterações no uso da terra, onde muitas comunidades foram deslocadas pela força. Esta estratégia foi usada para enfraquecer a guerrilha, bem como a resistência timorense à dominação (SOUZA, 2003, p. 8).

Ressalte-se que a transmissão de terras em Timor-Leste, antes da colonização portuguesa, era feita tradicionalmente, por intermédio de guerras, casamentos, migração, pagamento de multas etc. O sistema de títulos foi introduzido por Portugal nos princípios de 1900 (SOUZA, 2003).

"Estima-se que menos de 25% das terras do país foram alguma vez registradas, sendo que destas aproximadamente 3.000 títulos foram expedidos por Portugal e 47.000 pela Indonésia. Entretanto, os edifícios do Departamento de Terras e Propriedades, órgão público responsável pelos registros que existiam, foram queimados e destruídos nos conflitos de 1999" (SOUZA, 2005, p. 3).

Em 1999, milhares de propriedades foram abandonadas porque seus donos fugiram dos ataques. Muitas dessas propriedades foram posteriormente invadidas por outras pessoas, gerando, assim, novos conflitos de terras.

Por último, destaca-se a atual norma constitucional que permite que apenas os cidadãos nacionais tenham direito à propriedade privada, o que também é causa de muitos conflitos, tendo em vista o grande número de estrangeiros que possuíram imóveis no país durante as administrações Portuguesa e Indonésia e que fugiram de Timor-Leste em razão, principalmente, dos conflitos de 1999, tendo retornado após a independência do país.

O quadro acima exposto denota uma sociedade em que impera uma profunda indefinição dominial, tendo em vista a completa ausência de registros das propriedades, bem como as mudanças no uso da terra provocadas pelas diversas administrações e conflitos dela decorrentes.

4. CAMINHO TRILHADO

Os legisladores em Timor-Leste optaram pelo desenvolvimento de uma legislação de terras composta de diversas leis, para encarar a realidade do país. Desta forma, Timor-Leste decidiu não escrever apenas uma lei sobre as questões de terra, em razão não só dos diversos aspectos a considerar, como também das controvérsias e da pouca informação para apoiar o processo de tomada de decisões.

"A principal razão para isso encontra-se no fato de que para se desenvolver uma só lei sobre a terra, poder-se-ia levar muitos anos. Por outro lado, o país não tem interesse em importar legislação de terras de outros países, aplicando-

as em Timor-Leste, porque tais leis não vão necessariamente ao encontro das características únicas do país. O governo entende que uma lei não adaptada à realidade local é insatisfatória, uma vez que pode gerar confusão e oportunidade para mais conflitos" (URRESTA, 2004, p. 5).

Para elaborar sua legislação fundiária o Governo tem contado com o apoio de parceiros importantes. Assim, foi desenvolvido um Programa de Legislação de Terras ou "Land Law Program", financiado pela Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional – Usaid. Esse programa é fruto de um trabalho que envolve o Ministério da Justiça, a Direção Nacional de Terras e Propriedades – DNTP, Centro Nacional de Investigação Científica – CNIC e a ARD Inc, empresa americana especialista em questões de terras, contratada pela Usaid.

O Governo aprovou em 2003 uma lei que estabeleceu o regime jurídico para a propriedade imóvel, distinguindo terra do Estado e terra privada e criando um órgão para cuidar do problema fundiário.

A referida lei também estabelece um prazo para reclamações sobre direito de terra, tanto para nacionais como estrangeiros. Foram registradas cerca de 13.000 reclamações, das quais aproximadamente 90% delas foram efetuadas por estrangeiros. (URRESTA, 2004, p. 17).

Acrescente-se que, embora muitos timorenses não tenham registrado reclamações, isso não significa que estes possuam títulos de suas propriedades, uma vez que o exercício da posse significa para o timorense um direito indiscutível.

Essa primeira lei foi desenhada para servir de base às demais leis sobre o regime de terras e propriedade. Segundo ela, os imóveis anteriormente pertencentes aos Estados Português e Indonésio passaram para o domínio privado do Estado de Timor-Leste. As propriedades não reclamadas dentro de um prazo legal são consideradas abandonadas, cabendo ao Estado administrá-las até a aprovação da Lei de Terras. Isso permite que o Estado arrende essas propriedades.

O processo de desenvolvimento da política de terras inclui a colheita de informações mediante pesquisas de campo e o estudo de casos comparados de outros países, os quais possuem ou possuíram experiências semelhantes à de Timor-Leste. Essas pesquisas embasaram projetos de leis sobre temas como: Administração Estatal de Propriedades – Arrendamento de Propriedade Estatal e Privada; Mediação de Disputa de Terra; Aceitação da Constituição por Requerentes Estrangeiros aos Direitos de Propriedade Perfeita Pré-Existentes em Timor-Leste; Direitos de Terra e Restituição de Título, entre outros.

O relatório sobre Direitos de Terra e Restituição de Título, elaborado pelo "Programa de Legislação de Terras", aponta que a lei sobre o direito de terras e restituição de título deverá estabelecer um processo transparente de conhecimento, validação ou conversão para o primeiro registro timorense de direitos das terras. Este processo deverá verificar os direitos de propriedade legítimos, adquiridos validamente durante os regimes Portugueses e Indonésios, bem como o conhecimento e registro futuro de direitos fundiários tradicionais.

A lei ainda deverá especificar tipos de direitos de terras a serem registrados e o processo pelo qual os requerentes das terras possam provar e validar esses

direitos, estabelecendo processos para resolver as disputas de terras de forma definitiva. Conforme o relatório, o processo poderá ter dois fóruns: um administrativo, para validação dos direitos das terras, e um judicial, onde o indivíduo poderá recorrer da decisão administrativa (URRESTA, 2004, p. 6).

Com base no relatório acima mencionado foi elaborado o projeto de lei que cuida da Lei de Terras, a qual trata do reconhecimento de títulos antigos, resolução de litígios e registro de terras. Todavia, embora já tenha sido apresentada e discutida com o Governo, a lei ainda não foi aprovada pelas autoridades competentes.

O processo de reconhecimento e titulação de propriedades deverá culminar com o registro de todas as terras do país, sejam elas públicas ou privadas. Tal procedimento será facilitado em razão do levantamento cadastral que o país pretende efetuar em todo seu território, estabelecendo, desse modo, os limites de cada propriedade.

Enquanto o processo de regularização e registro das terras não é efetivado, o Governo, por expressa previsão legal, tem administrado as propriedades abandonadas, cabendo, ainda, ao Poder Público a celebração de contratos de arrendamento com os ocupantes irregulares.

Entretanto, essa é uma solução provisória, que não deve ser estendida por muito tempo, uma vez que a administração de propriedades privadas não é tarefa do Estado. Cabe ao Poder Público estabelecer as normas referentes a esse assunto e garantir a segurança jurídica da propriedade.

Tendo em vista que a questão fundiária é um assunto de grande relevância e com conseqüências sérias para o país, é preciso buscar soluções que respeitem o sistema tradicional de solução de conflitos do país, pois, do contrário, corre-se o risco de as leis não serem cumpridas pelos timorenses.

Vale destacar ainda que cerca de 80% da população de Timor-Leste vive nas zonas rurais, onde a pobreza é mais severa, e está envolvida numa agricultura de subsistência. Entretanto, tem havido um êxodo rural lento, mas progressivo, dirigido principalmente a Dili, capital do país, aumentando consideravelmente sua população.[2]

Tal fato tem gerado problemas urbanos, tendo em vista a ausência de infra-estruturas básicas, principalmente abastecimento de água e saneamento, a falta de emprego e o desajustado dimensionamento de equipamentos urbanos proporcionalmente aos quantitativos populacionais que se verificam nas cidades.[3]

Assim, a definição da propriedade e o uso adequado da terra devem ser uma preocupação prioritária em Timor-Leste. É fundamental que se (re)estabeleça a certeza dominial, por meio de um sistema de regulamentação e registro de terras. O desenvolvimento de uma política fundiária, bem como o registro de terras, permitirão solucionar inúmeros conflitos envolvendo títulos de proprie-

2. Disponível em: <www.gov.east-timor.org>. Estudos e desenvolvimento econômico.
3. Grupo de Estudos de Reconstrução de Timor Lorosae. Faculdade de Arquitetura – Universidade Técnica de Lisboa. Plano Estratégico de Reconstrução e Desenvolvimento de Timor-Leste, 2001.

dade obtidos em diferentes períodos da longa história de ocupação colonial de Timor-Leste. Por outro lado, o ordenamento do território garantirá a utilização racional das terras. O fato de se tratar de um país novo, em muito contribui para a elaboração de soluções para esse tema.

Atualmente, nem os Tribunais nem a Direção Nacional de Terras e Propriedade, que é o órgão de terras do país, possuem fundamento legal para a resolução de conflitos de terras. A existência de uma legislação pertinente e de uma política de terras eficiente ainda contribuiria para a estabilidade social, bem como para o crescimento econômico, uma vez que atrairia investimentos para o país.

Economicamente, é sabido que o desenvolvimento de um país requer uma situação fundiária/imobiliária definida, bem como acesso aos bens imóveis. Nenhum empresário irá investir em um país onde não exista clareza dominial ou, o que é pior, onde existam riscos de nacionalização das terras e propriedades.

Existem no país muitos casos de comerciantes que arrendam propriedades de particulares para montar negócios e que, não raro, acabam despejados por outros pretensos donos das terras. A Justiça, por sua vez, não tem meios jurídicos para resolver estes conflitos, tendo em vista a falta de legislação pertinente.

Por outro lado, a incerteza fundiária também pode propiciar outros conflitos entre cidadãos e Governo, comprometendo os avanços e investimentos que têm sido efetuados ao longo da nova administração.

A resolução dos conflitos de terra é imprescindível, uma vez que as pessoas precisam reconstruir suas casas, suas vidas, e só podem fazer isso com a segurança de que não perderão suas terras. Enquanto isso não puder ser efetuado pelos cidadãos, o desenvolvimento do país ficará paralisado.

A definição dominial será fundamental, ainda, para a implementação da tributação predial, definição do uso social da propriedade e também para a aprovação da legislação expropriatória de Timor-Leste, pois, do contrário, a população ficará a mercê do Governo e de expropriações sem indenização.

O planejamento urbano também está intimamente ligado à definição dominial das terras do país. A infra-estrutura em Timor-Leste ainda é escassa. A capital Dili não possui saneamento básico, iluminação pública nas ruas, coleta regular de lixo e transporte público. A pavimentação também é precária, tanto dentro das cidades como nas principais estradas.

O crescimento das cidades, as construções irregulares, bem como os serviços públicos, precisam ser regulados e controlados. Para tanto é necessário que a questão fundiária esteja definida, o que possibilitará ao Governo dispor de terras não tituladas, bem como desapropriar aquelas necessárias, resguardando-se, deste modo, o direito de compensação do proprietário.

A definição dominial também será importante para o estabelecimento da legislação de uso e parcelamento do solo.

Por derradeiro, pode-se afirmar que a regularização fundiária é necessária para cumprir o preceito constitucional que garante o direito à propriedade privada previsto no art. 54 da Constituição da República Democrática de Timor-Leste.

"Artigo 54 °:

1 – Todo o indivíduo tem direito à propriedade privada, podendo transmiti-la em vida ou por morte, nos termos da lei.

2 – A propriedade privada não deve ser usada em prejuízo da função social.

3 – A requisição e a expropriação por utilidade pública só têm lugar mediante justa indenização, nos termos da lei.

4 – Somente os cidadãos nacionais têm o direito a propriedade de terra."

5. BIBLIOGRAFIA

Constituição da República Democrática de Timor-Leste.

GERTIL – Grupo de Estudos de Reconstrução de Timor Lorosae. Faculdade de Arquitetura – Universidade Técnica de Lisboa. *Plano Estratégico de Reconstrução e Desenvolvimento de Timor-Leste*. Lisboa: Portugal, 2001.

GLENN, Kim G.; JOHNSON, Bradford P. *Administração da Terra em Timor-Leste*. Funções e responsabilidades: lições aprendidas na Albânia, Moçambique, Ruanda e Tailândia. Documento produzido pela ARD, Inc. no Programa de Legislação de Terras para a Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional, out. 2005.

JORNAL NACIONAL SEMANÁRIO. Timor-Leste, 11 de março de 2006, p. 7.

JORNAL O CLARIM. Macau, Edição de 13 de agosto de 1983.

NUNES, Antonio Carlos Osorio. Timor-Leste: o processo de independência e a cooperação internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Taubaté*, v. 6, n. 6, p. 113-119, 2004.

SOUZA, Pedro Xavier. *East Timor, Land Management:* a long way to go, but we have started. Paper for Conference in Bankok, 2005.

SOUZA, Pedro Xavier. *Sistema tradicional e disputa de terras nas zonas rurais:* o caso de Timor-Leste. Documento preparado para o Ministério da Justiça de Timor-Leste, dez. 2003.

URRESTA, Edwin; NIXON, Rod; et al. *Relatório sobre os resultados de pesquisa, recomendações políticas para a Lei sobre os direitos de terra e restituição de título*. Documento preparado pelo Programa de Legislação de Terras apoiado pela Usaid, jul. 2004.

URRESTA, Edwin; et al. *Relatório sobre os resultados de pesquisa, recomendações e políticas sobre o cumprimento com a Constituição por requerentes estrangeiros aos direitos de propriedade perfeita pré-existentes em Timor-Leste*. Documento preparado pelo Programa de Legislação de Terras apoiado pela Usaid, jul. 2004.

3

A influência da legalidade do imóvel na sua valorização: um estudo em Recife

EDMUNDO MELO DE MOURA

Mestre em Ciências Geodésicas e Tecnologias da Geoinformação. Engenheiro de Avaliações da Caixa Econômica Federal – Gerência de Apoio ao Desenvolvimento Urbano de Recife.

ANDREA FLÁVIA TENÓRIO CARNEIRO

Doutora em Engenharia de Produção. Mestre em Ciências Geodésicas. Engenheira Cartógrafa, docente e pesquisadora do Departamento de Engenharia Cartográfica e do Programa de Pós-graduação em Ciências Geodésicas e Tecnologias da Geoinformação da Universidade Federal de Pernambuco.

RESUMO: Os autores apresentam os resultados de uma pesquisa desenvolvida com o objetivo de sistematizar o processo de legalização de imóveis urbanos tornados ilegais após reformas e ampliações. Essa é uma situação que exclui muitos imóveis do sistema formal de financiamento imobiliário. São apresentados os resultados da análise do processo, sob os pontos de vista do tempo e custo da legalização, e uma estimativa da valorização imobiliária decorrente da legalidade do imóvel, para um caso específico na cidade de Recife – PE.

PALAVRAS-CHAVE: Legalização – Mercado imobiliário – Avaliação imobiliária.

ABSTRACT: The authors present the results of a survey developed with the objective of systematizing the process of legalization of urban properties that became illegal after reforms and extensions. This is a situation that excludes many properties from the formal systems of property financing. The results of the analysis of the process are presented, from the point of view of time and cost of legalization, and an estimate of increased property value coming from the legality of the property, for a specific case in the city of Recife – PE.

KEYWORDS: Legalization – Land market – Land evaluation.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Gerenciamento territorial e mercado imobiliário – 3. A legalização de imóveis: 3.1 A averbação de construção ou reforma – 4. Uma análise do processo de legalização: 4.1 Caracterização da área de estudo; 4.2 Verificação das informações territoriais no cadastro e registro de imóveis; 4.3 Análise do processo de legalização da reforma de um imóvel; 4.4 Análise do valor do imóvel em função da sua legalidade – 5. Conclusões – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O entendimento do mercado de imóveis ilegais e a identificação dos principais obstáculos às ações de legalização foram os principais objetivos da pesquisa cujos resultados são apresentados neste artigo. A burocracia e o desconhecimento do fluxo da legalização, por parte da população, provocam a desvalorização de imóveis e alimentam um mercado informal e cruel, que penaliza principalmente os mais carentes.

Podem-se encontrar, na literatura especializada e em trabalhos acadêmicos, diversas publicações que tratam de ocupações irregulares em áreas de favelas e suas ações de regularização fundiária. Este estudo diferencia-se por voltar-se para os casos de habitações construídas legalmente, em terrenos também legais, mas que por causas diversas, como falhas na identificação (especialidade objetiva do registro), ampliações indevidas e locação errada da obra, tornaram-se ilegais, excluindo seus proprietários do mercado formal de imóveis.

O trabalho foi motivado pela experiência do pesquisador, que atua no setor de avaliação imobiliária em banco público, e vivencia a situação de inúmeros imóveis excluídos do sistema de financiamento imobiliário por não terem sua documentação regularizada por causas diversas.

2. GERENCIAMENTO TERRITORIAL E MERCADO IMOBILIÁRIO

A informação territorial deve trazer como benefício para a sociedade a promoção de políticas territoriais, com objetivos diversos: garantir a segurança do direito de propriedade e do crédito, a regulação do mercado imobiliário, o desenvolvimento e manutenção de planejamento rural e urbano, a tributação imobiliária, o gerenciamento e monitoramento ambiental, entre outros. Para Van Der Molen (2002), a ocupação informal de terras é um problema em muitos países e ocorre devido à falta de habilidade dos governantes em promover a implantação de políticas territoriais capazes de acomodar a rápida migração da população rural para as cidades e em estabelecer mecanismos adequados de redistribuição de terras em benefício dos pobres em áreas rurais.

Segundo Mahoney et. al (2007), a terra é diferente de outros bens que podem ser comprados e vendidos, no sentido em que é imóvel. Construções podem ser desmontadas e removidas para outro local, mas a terra não. Apenas os direitos sobre a terra podem ser comprados e vendidos. O mercado imobiliário existe quando e onde é possível trocar direitos sobre a terra por dinheiro ou

prestação de serviços. A capacidade de bancos e outras instituições financeiras para emprestar dinheiro são apoiadas por um mercado imobiliário eficiente, que por sua vez exige um sistema de gerenciamento territorial eficiente.

Uma pré-condição para a existência de um mercado imobiliário é o estabelecimento de uma distinção clara sobre o que pertence a quem, porque sem um registro de propriedade confiável, as transações imobiliárias tendem a ser caras, demoradas e incertas. A tarefa mais importante de um país, portanto, é fornecer informações atualizadas sobre proprietários e imóveis da maneira mais responsável possível. Marosan e Vasovic (2005) apresentam o processo de reforma do cadastro e registro imobiliário da Sérvia como um caminho para a atração de investimentos para o país, onde bens serão transformados em capital a fim de ajudar a economia nacional.

Para Dale e Baldwin (2000), existe um consenso de que, para o seu adequado funcionamento, o mercado imobiliário deverá garantir uma definição clara dos direitos de propriedade, a transferência de direitos deve ser simples e de baixo custo, a transparência deve ser prioridade em todos os assuntos e, finalmente, deve haver disponibilidade de capital e crédito. O estudo desenvolvido por estes autores aponta para três setores reguladores do mercado, considerados os seus pilares: cadastro e registro de imóveis, serviços de avaliação e serviços financeiros. O funcionamento eficiente destes elementos é essencial para a operação formal sem dificuldades. Estes podem ser considerados bases de uma política territorial eficiente.

3. A LEGALIZAÇÃO DE IMÓVEIS

Identifica-se no Município de Recife, como em praticamente todas as capitais do país, um número significativo de imóveis ilegais. As causas das irregularidades são as mais diversas, desde invasões e ocupações indevidas, até grandes conjuntos não legalizados e construções isoladas que executaram reformas e ampliações em desacordo com as normas e legislações vigentes. Para entender e descrever o processo de legalização, este trabalho limitou-se aos casos de imóveis que se tornaram ilegais após a realização de reformas.

Em todos os estudos pós-ocupacionais realizados pela Caixa Econômica Federal, a principal reclamação dos mutuários refere-se à pequena área dos imóveis, o que provoca, via de regra, ampliações nos imóveis ocupados. O grande problema é que essas reformas não são averbadas, e são realizadas muitas vezes em desacordo com as posturas municipais. Observam-se ainda invasões de áreas públicas, como nos casos dos imóveis verticais, onde os apartamentos térreos ocupam áreas de uso comum para fazer ampliações e até a utilização para uso diverso do permitido (por exemplo, fins comerciais).

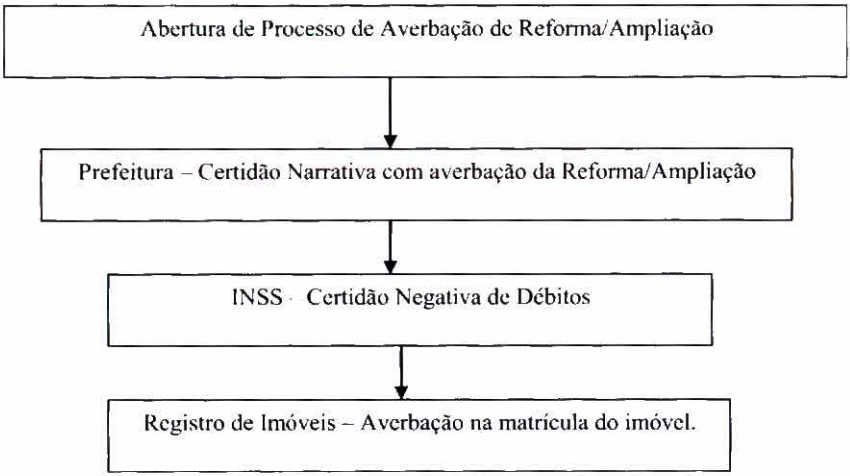
A falta de fiscalização produz um efeito de incentivo a essas práticas, e as dificuldades de legalização impostas pela burocracia, custos inviáveis, prazos, multas e outros fatores, contribuem para aumentar o problema, gerando um mercado informal e irregular, que movimenta milhões de dólares não tributados, que não retornam ao cidadão em forma de serviços e obras. Esse tema já foi motivo de estudo e comprovação por De Soto (2001).

3.1 A averbação de construção ou reforma

Para que a alteração da área construída de um imóvel possa ser realizada de acordo com o que estabelece a legislação, é necessário seguir algumas etapas.

O processo é iniciado com a abertura, na prefeitura, do processo referente à obra a ser realizada, seja ampliação, reforma ou construção, por meio da solicitação da Certidão Narrativa. Em seguida, é necessária a obtenção da Certidão Negativa de Débitos (CND) do INSS, para em seguida proceder à averbação no Registro de Imóveis correspondente. A seguir, serão detalhados estes procedimentos, com uma análise dos custos e tempo necessário para a conclusão do processo.

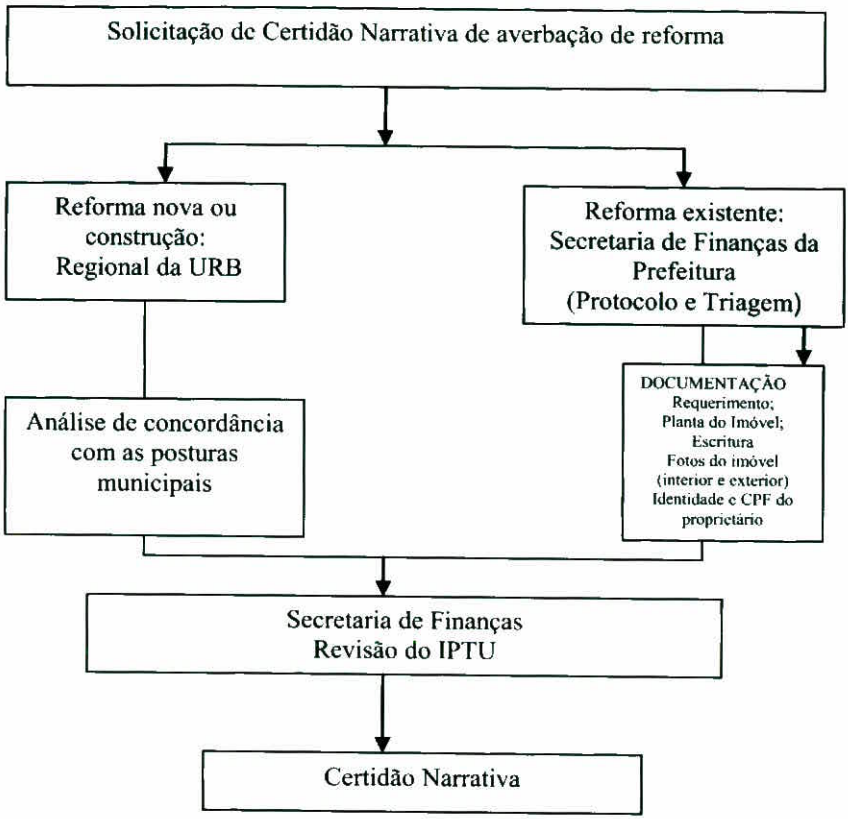
Figura 1 – Etapas da averbação de uma reforma



a) Primeira etapa – Prefeitura do Recife

O esquema a seguir apresenta os procedimentos para a requisição da Certidão Narrativa na prefeitura.

Figura 2 – Obtenção da Certidão Narrativa do imóvel



A análise do esquema indica que, caso a reforma já tenha sido efetuada, a Prefeitura procede imediatamente à revisão cadastral para cobrança do tributo, não se atendo à questão urbanística. A falta de uma integração com a Secretaria de Planejamento, que poderia ter como instrumento um cadastro multifinalitário, dificulta a informação sobre a legalidade da reforma realizada.

O processo permite, então, que seja averbada na matrícula uma reforma em desacordo com as posturas municipais.

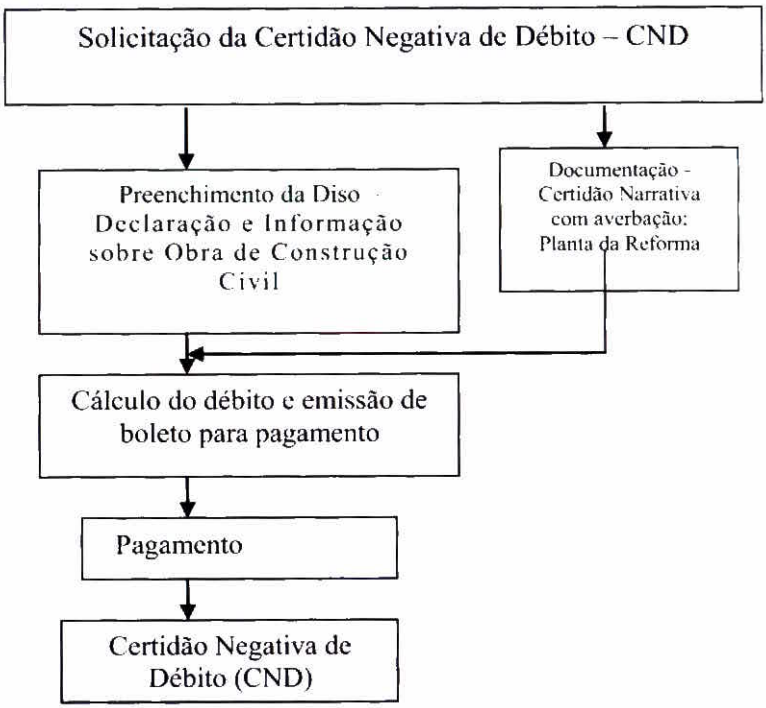
No caso de reformas existentes, o tempo para a obtenção da certidão da prefeitura é de 30 a 45 dias. Se a reforma ainda será realizada, o processo poderá chegar a 4 a 6 meses, devido à análise da concordância com as posturas municipais.

A utilização de imagens de satélite, pela prefeitura, para a atualização cadastral, faz com que muitas vezes a alteração cadastral já tenha ocorrido, e o proprietário tem apenas que solicitar a Certidão Narrativa para dar continuidade ao processo de regularização junto ao registro imobiliário.

b) Segunda etapa – INSS

Consiste nos procedimentos para obtenção da Certidão Negativa de Débitos do INSS, que se refere ao recolhimento do imposto previdenciário dos empregados que trabalharam na obra.

Figura 3 – Obtenção da Certidão Negativa de Débitos – CND



A Certidão Negativa de Débito – CND é obtida em agências do INSS, quando a *Declaração e Informação sobre Obra de Construção Civil* – Diso deve ser preenchida e anexada à documentação do imóvel (Projeto, Licença de Construção e Habite-se). De posse dessa documentação, o cálculo é feito na hora e emitida uma guia para pagamento no banco.

Esse procedimento pressupõe prévia expedição da licença de construção, reforma ou ampliação pela Prefeitura Municipal.

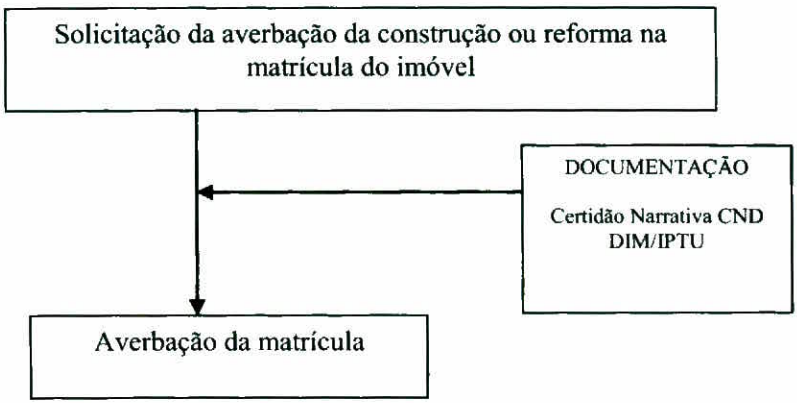
c) Terceira etapa – Registro de Imóveis

No registro imobiliário o processo é mais simples em termos de etapas a serem seguidas, desde que os passos anteriores tenham sido rigorosamente

cumpridos. O prazo exigido para a obtenção do documento, no entanto, é considerável. No caso em estudo, foi solicitado um prazo de 15 (quinze) dias para exame da documentação. Após essa análise, se não houver exigências, o mesmo é protocolado para registro, com um prazo de mais 30 (trinta) dias.

O valor da averbação é calculado por uma Tabela de Custas e Emolumentos, emitida pelo Tribunal de Justiça.

Figura 4 – Averbação da matrícula no registro de imóveis



4. Uma análise do processo de legalização

Após o entendimento do processo de legalização, realizou-se uma análise desse processo sob os aspectos de tempo e custo da legalização, com o intuito de se obter uma comparação entre o custo da legalização e a possível diferença entre os valores de um imóvel legalizado e outro não legalizado com as mesmas características (MOURA, 2007).

4.1 Caracterização da área de estudo

A Vila do IPSEP, escolhida como área de estudo, é um bairro popular construído na periferia de Recife na década de 50 para os funcionários do instituto de previdência do Estado. A vila era constituída de casas e, mais tarde, na década de 70, foram construídos conjuntos residenciais verticais.

Caracteriza-se pelo grande número de residências e pela quantidade de imóveis alterados (ampliados, reformados) sem a devida averbação. Localiza-se a 10 Km do centro da cidade, tem fácil acesso por vias principais onde circulam os principais coletivos do bairro e há um movimentado comércio. O bairro cresceu devido à sua proximidade ao aeroporto, como também pelo fácil acesso à orla marítima. Embora apresente características de classe média baixa, como é servido de toda infra-estrutura básica e tem um sistema viário eficiente, observa-se uma valorização imobiliária crescente.

Sendo originários de uma vila, cada imóvel tem uma área média de terreno de 250,00 m² e uma área original construída de 52,61 m², havendo variações de terreno nas esquinas. As casas eram compostas de terraço, sala, dois quartos sociais, WC social e cozinha e são geminadas de um lado, duas a duas. Seu padrão construtivo é baixo, com piso cimentado, em alvenaria, pintado em PVA, coberta de telhas cerâmicas, sem forro, e azulejo até 1,60 m nas áreas molhadas.

Na época da construção da vila, havia pouca infra-estrutura, ausência de esgoto, pavimentação e linhas telefônicas, transporte viário precário, sem colégios, hospitais, mercados etc.

De acordo com as posturas municipais da Lei de Uso do Solo, os imóveis, que têm em média de 250,00 a 300,00 m², teriam de ter uma TSN (Taxa de Solo Natural) de 25%, o que significa 62,50 m² nos terrenos de 250,00 m² e 75,00 m² nos de 300,00 m², restando para área construída 187,50 m² e 225,00 m².

Como o Coeficiente de Utilização do Terreno (μ) é de 4 (quatro), significa que os terrenos de 250,00 m² podem construir até 1.000,00 m² e o de 300,00 m², 1.200,00 m², ou seja, tirando a Taxa de Solo Natural, uma casa num terreno de 250,00 m², pode verticalizar muito pouco, geralmente até dois ou três pavimentos, em função dos afastamentos laterais e da restrição do aeroporto.

4.2 Verificação das informações territoriais no cadastro e registro de imóveis

Sendo o cadastro do Município (em áreas urbanas) e o registro de imóveis os setores que dispõem da informação territorial, procurou-se verificar as informações neles contidas.

Foram escolhidos aleatoriamente 34 (trinta e quatro) imóveis da Vila IPSEP, para uma análise das informações cadastrais disponíveis e diagnóstico de sua legalidade, por meio de informações do registro de imóveis da circunscrição.

Na 6.ª Gerência Regional da Dircom (Diretoria de Controle Urbano da Prefeitura Municipal de Recife), responsável pela fiscalização e análise dos projetos de construção, reforma e ampliação, foram solicitadas as fichas dos 34 imóveis. Cada ficha contém as informações do cadastro imobiliário da prefeitura: dados do proprietário (nome), dados físicos do imóvel, como área construída, área do terreno, dimensões do terreno, data do cadastramento, padrão de construção, topografia, formato do lote, superfície, conservação, fração ideal, tipologia, valor venal, alíquota etc.

Verifica-se a ausência de dados importantes, como confrontantes, posição da construção no terreno (locação), infra-estrutura do logradouro (pavimentação, iluminação pública, saneamento, abastecimento d'água, telefone etc.). Muitos dados estão desatualizados, como área construída (reformas não atualizadas), número de pavimentos (muitas casas têm atualmente mais de um pavimento), padrão de construção alterado. Muitas vezes a informação refere-se ao imóvel original, a casa simples de vila, que não reflete a realidade. O coeficiente de depreciação usado na maioria delas é de 0,676 considerando a idade real com mais de 50 anos, quando o indicado seria a utilização da idade aparente.

A partir das informações cadastrais, foram escolhidos os sete imóveis que apresentavam no cadastro as maiores áreas construídas, portanto, tinham sofrido uma maior reforma/ampliação. Destes imóveis, foram solicitadas as certidões de registro imobiliário em que, após penosa e longa espera provocada por sucessivos adiamentos na entrega das certidões, foi possível comparar os dados do cadastro e registro imobiliário.

Nenhum dos sete imóveis pesquisados apresentou concordância entre a ficha cadastral e a certidão de registro imobiliário. Dois dos imóveis não tinham registro e em três matrículas não constam a área.

O bairro Vila do IPSEP, por se caracterizar como uma vila popular construída há 50 anos para atender a população de baixa renda, apresenta hoje uma situação muito comum e própria dos grandes conjuntos habitacionais construídos pelo governo: falta de registro e averbação da construção; falta de averbação das reformas e ampliações; divergência de áreas, entre outras incoerências.

4.3 Análise do processo de legalização da reforma de um imóvel

A análise foi realizada com base nos fatores tempo e custo para a legalização. Numa visão mais geral, pode-se concluir que em todos os órgãos foram encontradas dificuldades relacionadas ao tempo, custo, burocracia etc., que comprometem todo o fluxo da legalização. Considerando que a pesquisa foi realizada por um profissional com experiência na área imobiliária, pode-se imaginar a dificuldade de um cidadão comum, carente de informações, a fim de solucionar problemas tão comuns e importantes.

a) O fator tempo de legalização

A tabela apresenta o tempo necessário para o cumprimento de cada etapa e sua totalização, de quase 100 (cem) dias.

Tabela 1 – Prazos envolvidos no processo de regularização

Órgãos	Fases	Dias
Prefeitura	Protocolo – entrada	2
	Triagem	5
	Análise e Averbação	45
INSS	Protocolo	1
	Análise	1
Cartório	Entrada para análise	15
	Registro	30
Total		99

b) O fator custo da legalização

Prefeitura – Não há cobrança de tarifa para a emissão da Certidão Narrativa, apenas o custo de deslocamento interessado. Com respeito à documentação exigida, a planta baixa deve ser feita por um desenhista e assinada pelo mesmo com identificação. O preço médio de uma planta nos padrões dos imóveis da área de estudo é de R$ 300,00 (trezentos reais).

INSS – Deverá ser recolhido ao órgão o valor correspondente à taxa do imposto previdenciário dos empregados que trabalharam na obra, calculado em função da área construída executada na ampliação. Para uma ampliação de 68,00 m² (sessenta e oito metros quadrados):

Tabela 2 – Cálculo do Diso
(Declaração e Informação sobre Obra de Construção Civil)

Custo da obra (CUB de Dez/2006 – Anexo 3 Padrão Baixo – Horizontal 1 Pavimento 3Q, segundo a Lei 8.212/91 e Instrução Normativa SRP 3 (Anexo 2)	R$ 940,06/m²
Área acrescida	68,00 m²
Custo total	R$ 63.924,08
Mão-de-obra (4% do custo total)	R$ 2.556,96
Contribuição para empregado autônomo – INSS e outras entidades (20,2%)	R$ 516,50

Registro de Imóveis – O custo da averbação corresponde a 1/3 do valor do registro, calculado em função do valor venal estabelecido pela Prefeitura (valor utilizado como base para o cálculo do IPTU). A Tabela de Custas e Emolumentos expedida pelo Tribunal de Justiça estadual estabelece o custo do registro. Para um imóvel com valor aproximado de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), o custo da averbação é de R$ 326,85 (trezentos e vinte e seis reais e oitenta e cinco centavos). O registro imobiliário recolhe ainda para o Tribunal de Justiça uma taxa fixa, que independe do valor do imóvel, correspondente ao valor de R$ 131,40 (cento e trinta e um reais e quarenta centavos).

Tabela 3 – Custos de legalização de reforma
para um imóvel de R$ 80.000,00

Órgão	Custos
Prefeitura	R$ 350,00 (desenhista e deslocamento)
INSS	R$ 550,00 (CND e deslocamento)
Cartório	R$ 450,00 (exame e registro)
Total	R$ 1.350,00

A renda média da população da área em estudo é de R$ 917,08 (IBGE – Censo 2000).

4.4 Análise do valor do imóvel em função da sua legalidade

A análise foi feita procurando-se estabelecer um modelo estatístico que explicasse a diferença de valor existente entre os imóveis legalizados e os não legalizados.

A Vila do IPSEP apresenta duas questões críticas de legalidade: a maioria dos imóveis foi reformada irregularmente e, em muitos casos, inventários não realizados tornam impossível o seu ingresso no mercado formal.

Este trabalho abordou exclusivamente a não-legalização das ampliações, que implica num obstáculo na comercialização dos imóveis, uma vez que grande número de transações é feito por carta de crédito dos bancos públicos.

Na análise realizada, utilizando-se técnicas da engenharia de avaliações, foi possível comprovar que o valor do imóvel cresce com o aumento da área construída, o aumento da área do terreno e com o fato de ser legal. Por outro lado, este valor decresce na proporção do aumento da ampliação, em função do seu custo de legalização. Trata-se, portanto, de um modelo coerente com a realidade.

O objetivo principal dessa análise específica foi identificar um fator de valorização médio entre dois imóveis similares, sendo um legalizado e outro não, para mostrar a importância da legalização e o prejuízo existente na perda desse valor, comparado com o custo da legalização.

Para obter o fator de valorização, foram utilizadas técnicas de avaliação imobiliária para a obtenção do valor de mercado de imóvel com reforma não regularizada, com 124m² de área construída e terreno de 273m². Os valores obtidos enquadram-se num intervalo de R$ 86.000,00 (oitenta e seis mil reais) e R$ 96.000,00 (noventa e seis mil reais). Se o mesmo imóvel estivesse totalmente legalizado e pudesse ser fruto de um financiamento imobiliário, esse valor estaria contido num intervalo entre R$ 97.000,00 (noventa e sete mil reais) e R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), com valor médio de R$ 109.000,00 (cento e nove mil reais), o que daria uma diferença média de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), correspondente a 19,78% entre eles.

Observou-se que o percentual médio de valorização é de 17,40% (dezessete vírgula quarenta por cento), ou seja, dois imóveis com áreas iguais e terrenos iguais têm uma diferença de valor de 17,40% em função da sua legalização ou não.

É importante ressaltar que esse resultado corresponde à análise do caso específico de 34 imóveis com área construída de 124,00m² e área de terreno de 273,00m²; no entanto o modelo inferido pode ser usado para estimar os valores de imóveis similares. Observa-se que estes valores crescem em média 0,720% por cada metro quadrado de área construída e 0,1% para cada metro quadrado de terreno; crescem 17,40% por ser averbada ou não e decrescem 0,18% por cada m² de área construída não averbada (ampliação).

5. CONCLUSÕES

O estudo realizado mostrou que, para o caso específico, a legalização da reforma de um imóvel tem um custo de cerca de 1,7% do seu valor, enquanto que a valorização do imóvel legalizado é de cerca de 20%.

O caso escolhido não é uma situação rara no Brasil, é comum a uma grande parcela da população de classe média baixa que busca, sem sucesso, financiamento para os seus imóveis em bancos públicos, pela ausência ou irregularidade da documentação. A realidade demonstrada neste trabalho precisa ser divulgada à população em geral, pois confirma que os benefícios econômicos da legalização vão além do ingresso no mercado imobiliário formal, atendido por ofertas de financiamento.

Um projeto de legalização coletiva baseada no esclarecimento da população e na divulgação dos benefícios desse processo seria de grande valia e tornaria simples e comum o que hoje é complexo e burocrático. Milhões de pessoas pensam e desejam legalizar seus imóveis, mas têm receio do custo e do tempo para isso. É preciso um esforço comum dos órgãos envolvidos e, se possível, a centralização e diminuição de etapas no processo de legalização.

Na pesquisa identificamos o tempo e o custo, além das inconsistências entre cadastro e registro, mostrando que não é impossível uma integração entre os mesmos e que a população seria a mais beneficiada, além de proporcionar justiça social e uma maior arrecadação à administração municipal.

6. BIBLIOGRAFIA

DALE, Peter; BALDWIN, Richard Lessons Learnt from the Emerging Land Markets in Central and Eastern Europe. In: *Proceedings of the Qua Vadis International Conference FIG International Federation of Surveyors*. Prague: FIG, 2000. Disponível em: <http://www.fig.net/pub/proceedings/prague-final-papers/Papers-acrobats/baldwin-dale-fin.pdf>

DE SOTO, Hernando. *O Mistério do Capital*. São Paulo: Record, 2001.

MAHONEY, Robert; DALE, Peter; MCLAREN, Robin. United Kingdom. *Land Markets – Why are They Required and How Will They Develop?* International Federation of Surveyors Article of the Month, 2007. Disponível em: <http://www.fig.net/pub/monthly_articles/july%202007/july_2007_mahoney_dale_mclaren.html>.

MAROSAN, Stevan; VASOVIC, Olivera. *The State of Cadastre, Land Market and Real Property Development in Serbia and Montenegro*. Roma: FAO, 2005. Disponível em: <http://www.fao.org/regional/seur/events/landmark/docs/marosan.pdf>.

MOURA, Edmundo Melo. *Cadastro multifinalitário na legalização de reformas de imóveis urbanos*. Dissertação de Mestrado. Recife. Programa de Pós-graduação em Ciências Geodésicas e Tecnologias da Geoinformação. 2007.

VAN DER MOLEN, Paul. Some Microeconomic Aspects of Land Ownership. In: *Proceedings of III FIG Regional Conference*. Jakarta, 2002. Disponível em: <http://www.itc.nl/library/Papers_2004/n_p_conf/vandermolen_some.pdf>.

4

A dação em pagamento e o novo Código Civil

FRANCISCO JOSÉ REZENDE DOS SANTOS

Registrador Imobiliário e Vice-Presidente do Irib em Minas Gerais. Presidente da Serjus – Associação dos Serventuários da Justiça de Minas Gerais.

RESUMO: A dação em pagamento é uma forma de cumprimento de uma obrigação anteriormente assumida e ocorre quando é feito um acordo expresso entre credor e devedor, com vistas à substituição da coisa objeto do contrato. A dação em pagamento não é, assim, um contrato autônomo, mas vincula-se a uma outra obrigação anteriormente contratada, e os seus efeitos poderão atingir com violência a obrigação primitiva, especialmente em casos de evicção. O novo Código Civil introduziu duas importantes modificações em confronto com o texto do Código anterior: no texto anterior a substituição não poderia ser feita por dinheiro, já o novo Código não traz tal restrição. Também inseriu o novo texto a ressalva a direitos de terceiros, no caso de evicção da coisa ofertada em pagamento, reproduzindo, neste sentido, moderna tendência do Direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Dação em pagamento – Direito das obrigações – Registro de Imóveis.

ABSTRACT: The action of giving in payment is a way of fulfilling of an obligation taken previously and it happens when a formal agreement is made between the creditor and the debitor, in view of the substituition of the thing object of the contract. The action of giving in payment, is not like that, an independent contract, but it is bound to another previously hired obrigation and its effects may hit violently the previous obligation, especially in cases of eviction. The new Civil Law introduced two important changes in confrontation with the text of the former Civil Law: in the previous text, the substitution could not be performed by money. Now the new Civil Law does not present any restriction. Also anexception to third part rights was put in the new text, in case of eviction of the thing offered as payment, reproducing, in this sense, modern trend of Brazilian Rights.

KEYWORDS: Giving in payment – Right of obligations – Real Estate Registry.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Definição – 3. O objeto da dação em pagamento – 4. Requisitos da dação em pagamento – 5. Natureza jurídica – 6. A dação em pagamento e a evicção – 7. A dação em pagamento e as obrigações alternativa e facultativa – 8. Diferenças entre a dação em pagamento e a novação, a compensação, a transação, a confusão, o compromisso e a remissão: 8.1 A dação em pagamento e a novação; 8.2 A dação em pagamento e a compensação; 8.3 A dação em pagamento e a transação; 8.4 A dação em pagamento e a confusão; 8.5 A dação em pagamento e o compromisso; 8.6 A dação em pagamento e a remissão – 9. Algumas peculiaridades jurisprudenciais quando do exame de questões referentes à dação em pagamento: 9.1 A promessa de dação em pagamento; 9.2 A dação para extinção de dívida tributária; 9.3 A consignação em pagamento – 10. A dação em pagamento e o registro de imóveis – 11. Conclusão – 12. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A dação em pagamento, chamada *datio in solutum*, tem a sua origem no Direito Romano. A entrega de coisa diferente da contratada para o cumprimento da obrigação, *aliud pro alio*, é admitida na legislação brasileira, como forma de adimplemento e extinção da obrigação, sendo prevista no Código Civil nos arts. 356 a 359.

Segundo César Fiúza:

"Existem efeitos diretos e indiretos em uma obrigação contratada. Os efeitos diretos seriam o adimplemento, o inadimplemento e o atraso no adimplemento da obrigação; e os efeitos indiretos seriam os direitos conferidos pela lei, ao credor, para obter a satisfação da obrigação."[1]

O tema do presente estudo, o instituto da dação em pagamento, é certamente considerado como efeito direto da obrigação contratada, pois, por intermédio da mesma, se permite o adimplemento do contrato, feito sob a forma de substituição do seu objeto, com a condição de que exista a concordância expressa do credor, o que tem como conseqüência final a extinção da obrigação.

A dação em pagamento, ao lado de outras figuras do direito das obrigações, como o pagamento por consignação, o pagamento com sub-rogação e a imputação do pagamento, é considerada uma forma de cumprimento da obrigação, por isso é tida como efeito direto da obrigação contratada, pois permite o seu cumprimento, feito por meio de uma forma especial de pagamento, diferente da inicialmente contratada, proporcionando a extinção desta (a obrigação contratada).

1. FIUZA, César. *Direito civil:* curso completo. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 316-317.

A vida comercial nos mostra que muitas vezes é mais proveitoso ao credor receber coisa diversa da contratada do que, como acontece em grande número de ocasiões, nada receber. Em outras situações, devido a imprevistos que possam acontecer, como escassez da mercadoria primitivamente contratada, ou a outras circunstâncias que variam de acordo com os próprios interesses dos contratantes, é necessário mudar o objeto da prestação por outro, com a entrega de uma coisa por outra. O instituto da dação em pagamento é o que regula essa substituição. A substituição dá-se do objeto da obrigação, ou da coisa, e não da obrigação contratada.

Regra geral, o devedor de uma obrigação somente se desobriga a ela, oferecendo a coisa devida. Já o credor de uma obrigação não é obrigado a receber outra coisa que não a devida, pois, segundo os ditames do direito, o devedor deve pagar, fazer ou não fazer, aquilo que precisamente contratou. É o *pacta sunt servanda*, locução latina que significa a obrigatoriedade do cumprimento das cláusulas contratuais. Os contratos devem ser cumpridos na forma pactuada. Assim determina o nosso Código Civil em seu art. 313:

"O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa."

Também, no mesmo sentido, o Código Civil francês prescreve, no seu art. 1.243, o seguinte:

"O credor não poderá ser constrangido a receber outra coisa que não seja aquela que lhe era devida, embora o valor da coisa ofertada fora igual ou inclusive superior."

Da mesma forma, a matéria é tratada em diversas legislações, podendo citar o Código Civil de vários países.

Diz o Código Civil do México, em seu art. 2.012:

"O credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra mesmo que seja de maior valor."

Já o Código Civil da Argentina traz, em seu art. 725:

"O pagamento é o cumprimento da prestação que se faz com o objeto da obrigação, tanto se trate de uma obrigação de fazer, quanto de uma obrigação de dar."

E o do Uruguai, em seu art. 1.448, prescreve:

"O pagamento é o cumprimento por parte do devedor, com entrega da coisa ou do fazer que foi objeto da obrigação."

O Código Civil brasileiro determina que até mesmo no caso de prestação mais valiosa, mas diversa da que foi contratada, não é o credor obrigado a receber. Comentando o art. 313 do referido Código, diz Mário Luiz Delgado Régis:

"O devedor só se desonera da obrigação após entregar ao credor exatamente o objeto que prometeu dar, ou realizar o ato a que se comprometeu, ou se abster da prestação, nas obrigações de não fazer. Do contrário, a obrigação converter-se-á em perdas e danos."[2]

2. FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 295.

2. DEFINIÇÃO

Ocorre a *datio in solutum*, ou a dação em pagamento, quando é feito expressamente um acordo liberatório entre credor e devedor para a substituição da coisa objeto do contrato e, conseqüentemente, o credor recebe outra coisa no lugar daquela que lhe era originalmente devida – *aliud pro alio*; e assim, ao receber esta, ocorre o pagamento e o credor dá a quitação. Como resultado, dá-se a extinção da obrigação.

O ponto inicial do estudo da dação em pagamento passa pelo entendimento de que este instituto do direito civil se consubstancia numa forma de substituição do objeto da obrigação anteriormente contratada, por outro bem, que pode ser móvel, imóvel, título de crédito ou qualquer outro, com a finalidade de se promover o cumprimento do contrato. A prestação é substituída pela entrega de um objeto, pouco importando o valor deste; o que importa é que o credor o recebe como pagamento pela obrigação contratada, e com este pagamento se extingue a obrigação. O objeto oferecido em substituição pode, às vezes, nem ter valor comercial, como, por exemplo, uma fotografia de família, uma carta de um antepassado, uma pintura feita por uma pessoa sem qualquer expressão no circuito das artes etc. Oferecido o objeto em pagamento e aceito este pelo credor, extingue-se a obrigação pela dação em pagamento.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

"Não é necessário que haja coincidência entre o valor da coisa recebida e o montante da dívida. Pode o credor receber um objeto mais valioso do que esta ou um de menor preço, em substituição da prestação devida, e por um ou outro quitar. O que é da essência da dação *pro solutio* é a entrega de coisa que não seja a *res debita*, em pagamento da dívida."[3]

Sílvio de Salvo Venosa nos ensina que:

"Na dação em pagamento, não há necessidade de equivalência de valor na substituição. Não há nem mesmo necessidade de que as partes expressem um valor. Tão-só que manifestem sua intenção de extinguir a dívida com a entrega."[4]

Um requisito absolutamente necessário é o consentimento do credor que, no caso, recebe coisa diversa da inicialmente contratada, para a solução da obrigação, como acordo liberatório. Existe, portanto, a substituição da coisa que era objeto de uma obrigação por outra coisa, com o fim de ser adimplido o contrato, extinguindo-se, assim, a obrigação. Na dação, uma coisa é recebida em pagamento da obrigação, substituindo outra, objeto da contratação, pouco importando assim o seu valor ou mesmo se esta nova coisa tem algum valor comercial.

A dação em pagamento é negócio bilateral, comutativo, oneroso e real.

3. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. II, p. 236.
4. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2, p. 287.

Se a coisa oferecida em pagamento tiver preço determinado pelas partes, as normas que regem esta obrigação serão reguladas pelas normas do contrato de compra e venda, de acordo com o art. 357 do CC, que diz:

"Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda."

A nosso ver, neste caso, continua a existir a dação em pagamento como forma de solução da obrigação contratada, pois foi entregue para solver a obrigação objeto diverso daquele objeto inicial do contrato. Apenas as normas que regem esta relação, as da substituição, serão as da compra e venda, com todas as conseqüências aplicáveis ao caso, como se fosse um novo contrato. As conseqüências disso serão relevantes, pois a nova obrigação contratada é considerada contrato ou obrigação autônoma, ou como nos diz Caio Mário da Silva Pereira, "figura jurídica autônoma".[5]

José Costa Loures e Taís Maria Loures Dolabela Guimarães, comentando o art. 357, nos dizem que: "Embora aparente amplitude do texto, é opinião corrente que só se aplicam à dação em pagamento os princípios gerais do contrato de compra e venda."[6] Afirmação com a qual não concordamos, pois a efetiva natureza dos diversos institutos do direito é que nos dão a real essência, as características e finalidades destes, e ainda o seu campo de atuação e sua derradeira aplicação, determinando as diferentes conseqüências no mundo dos negócios. Apenas para exemplificar a nossa reação contra a afirmação do Prof. Costa Loures, poderemos citar quando do caso da extinção da fiança, em que o fiador ficará desobrigado da evicção, perante o credor, se este receber, em pagamento da dívida, objeto diverso do que está obrigado a lhe dar (art. 838, III, do CC/2002). Se a dação tivesse sempre a natureza de compra e venda, a evicção seria da essência, inclusive, desse tipo de negócio, só excepcionada por expressa manifestação de ambas as partes no contrato. Outro exemplo que poderíamos citar é o próprio art. 358 do CC/2002 que diz que se a dação for de título de crédito, a transferência importará em cessão de crédito, e às suas normas com certeza se submeterá.

Como já dissemos, a dação em pagamento é considerada uma forma de cumprimento da obrigação, feita esta por meio de uma forma especial de pagamento, proporcionando a extinção da obrigação contratada. Mas o pagamento é feito de modo indireto, não pelo objeto da obrigação contratada, mas sim por outro objeto em substituição àquele, com a concordância do credor.

O pagamento é uma forma de extinção da obrigação. O pagamento teria a natureza jurídica, segundo alguns doutrinadores, de contrato acessório; segundo outros, de fato jurídico; ou para alguns, ainda, de ato não livre ou ato derivado. Mas o que importa é que este é a essência da execução da obrigação, portanto, não existe pagamento sem que exista a obrigação principal. O pagamento é decorrência dessa obrigação principal contratada. Se o pagamento é feito por dação em pagamento, e aperfeiçoada esta, por exemplo, com um bem imóvel,

5. PEREIRA. Op. cit., p. 234.
6. LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 158.

aquele contrato de transmissão da propriedade imobiliária, em decorrência da dação em pagamento, é um novo contrato e as suas regras são desvinculadas do contrato anterior, que se extinguiu em virtude da dação. Mas apesar de haver a transmissão da propriedade, em geral contratada por escritura pública e registrada em Cartório de Registro de Imóveis, poderá não se extinguir aquela obrigação, no caso de evicção da coisa ofertada e aceita como pagamento. Numa situação extraordinária e excepcionando a regra de que efetuado o pagamento dá-se por extinta a obrigação, o Código Civil brasileiro prevê um efeito repristinatório da obrigação principal, se houver a evicção do bem oferecido como pagamento (art. 359), caso que analisaremos mais à frente. O entendimento desta questão será de extrema importância quando tratarmos do instituto da evicção na dação em pagamento.

Também ao caso de se determinar preço ou valor da coisa dada em pagamento, se aplicam as condicionantes da compra e venda, como *ius disponendi* do bem, proibição de dação de ascendente a descendente, impossibilidade de transmissão de todos os bens do devedor, como na doação, anulação se realizada em fraude contra credores, necessidade de ampla regularização tributária com os fiscos federal, estadual e municipal etc.

Da mesma forma, se desvinculando das normas que regem a dação em pagamento, há de se entender se a coisa dada em pagamento for título de crédito. Existirá a dação em pagamento, mas as normas que regulam a transferência serão as da cessão de crédito, com todas as suas conseqüências. Neste caso, o Código Civil é expresso, em seu art. 358:

"Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão."

A cessão de crédito, da mesma forma que a compra e venda, tem suas regras determinadas pela lei civil e compreende uma série de requisitos, restrições e condicionantes. Se esta for o objeto da dação em pagamento, deverão as partes – credor e devedor – registrar a cessão de crédito em Cartório de Títulos e Documentos; notificar o devedor da cessão, sob pena de ineficácia; promover a tradição do título de crédito, se o crédito tiver lastro hipotecário; promover a averbação da sua cessão no Registro Imobiliário e, neste caso, deverá ser feita por escritura pública etc.

Poderá haver cumprimento parcial da obrigação inicialmente contratada por meio do pagamento de parcelas ou prestações previstas no contrato, por intermédio da dação. Aplicam-se ao caso as mesmas regras previstas para a dação em pagamento, e os mesmos requisitos, liquidando-se parcela por parcela ou parte da obrigação.

Teixeira de Freitas, *apud* Washington de Barros Monteiro, denomina a dação em pagamento como "pagamento por entrega de bens, o que corresponde à *datio in solutum* do Direito Romano, e é uma exceção contratual à regra imposta pelo art. 313 do CC de 2002".[7]

7. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, 1ª parte, p. 253.

3. O objeto da dação em pagamento

Na dação em pagamento, o credor consente em receber coisa diversa da avençada (*aliud pro alio*). Entrega-se outra coisa para cumprimento da obrigação, que não a coisa originalmente objeto da contratação. Existe a substituição do objeto da prestação, com a expressa concordância do credor, o que torna possível o pagamento e a quitação, por meio da entrega de prestação diferente da originalmente contratada. Muito embora diferente da prestação, não se pode entender que a idéia de equivalência não mais existe no confronto entre a coisa devida e a coisa ofertada. Nem que esta equivalência fique apenas na representação mental do credor, na sua elaboração intelectual, ou mesmo no campo da metafísica, quando se elabora mentalmente uma suposição e se busca o conhecimento do real, tendo esta relação apenas como noção de estimação do valor do bem uma informação não presente no contrato. Mas, de qualquer modo, prevalece a vontade do credor, pois a dação em pagamento atua no campo dos direitos disponíveis.

O contrato principal pode portar qualquer tipo de prestação, seja positiva, de dar ou de fazer; ou mesmo negativa, de não fazer. A substituição, por meio de dação em pagamento, pode ser feita por bens móveis ou imóveis, direitos reais ou pessoais, cessão de crédito e outros.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, quanto ao objeto e à substituição:

"É um acordo liberatório que só pode ocorrer após o nascimento da obrigação. Pode constituir na substituição de dinheiro por coisa (*rem pro pecuni*) como também de coisa por coisa (*rem pro re*), assim como a substituição da coisa por uma obrigação de fazer."[8]

Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

"O nosso Direito consagra a *datio pro soluto* com este caráter, admitindo que o credor consinta em receber coisa que não seja dinheiro, em substituição à *res debita*, o que bem a define como a entrega de uma coisa por outra."[9]

Já Washington de Barros diz:

"A *datio in solutum* pode ter por objeto prestação de qualquer natureza, desde que não seja dinheiro de contado: coisa móvel ou imóvel, títulos de crédito, fatos e abstenções. Surgem então diversas combinações que a dação pode ensejar: coisa por dinheiro (*rem pro pecunia*), crédito do devedor pelo seu débito ao credor (*nomen juris pro pecunia*), coisa por outra (*rem pro re*), coisa por fato (*rem pro facto*), fato por coisa (*factum pro re*), fato por dinheiro (*factum pro pecunia*)."[10]

É de se observar que Washington de Barros Monteiro admite a substituição de "coisa por dinheiro" e de "fato por dinheiro", como característica também de dação em pagamento, apesar de no início da definição nos dizer que a dação pode ter por objeto prestação de qualquer natureza, desde que não seja dinheiro de contado (segundo Aurélio Buarque de Holanda, "o que é pago a vista ou por

8. VENOSA. Op. cit., p. 286.
9. PEREIRA. Op. cit., p. 233.
10. MONTEIRO. Op. cit., p. 288.

ocasião dos contratos, em moeda corrente"). Pode ser que o autor já busque o entendimento do novo Código Civil, que não traz mais em seu texto a impossibilidade de o credor receber dinheiro em substituição da prestação que lhe era devida, como se via na redação do anterior Código Civil de 1916.

A dúvida quanto à possibilidade deste tipo de substituição surge, na verdade, ao compararmos a redação dos dois Códigos Civis, de 1916 e 2002.

O Código Civil de 2002 diz em seu art. 356:

"O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida."

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
"Art. 995. O credor pode consentir em receber coisa que não seja dinheiro, em substituição da prestação que lhe era devida."	"Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida."

Há de se notar que no Código anterior a redação era expressa no sentido de não se permitir o recebimento de dinheiro para substituir a prestação devida. O Código atual não traz esta restrição.

Essa modificação ainda não tem sido analisada com mais profundidade pelos legisladores, que se encontram arraigados na legislação anterior e não admitem essa forma de substituição, até pelo contrário, entendem que havendo este tipo de substituição, se desconfiguraria a dação em pagamento.

A doutrina, mesmo depois da edição do novo Código Civil, tem sido firme no sentido de não admitir a substituição do objeto do contrato por dinheiro. Essa é a opinião de César Fiuza, ao comentar sobre a impossibilidade de haver a substituição da coisa por dinheiro:

"O que não existe é a *datio pecuniae pro re* (dação de dinheiro por coisa), que não seria dação em pagamento, mas indenização pela perda da coisa devida."[11]

Com certeza, novos doutrinadores e a jurisprudência nos indicarão o caminho a ser seguido para a interpretação do novo texto, já que o novo Código Civil tem esse tipo de construção, ao ditar regras gerais, deixando que a doutrina e a jurisprudência interpretem os seus conceitos de acordo com a conjuntura.

4. REQUISITOS DA DAÇÃO EM PAGAMENTO

Existem requisitos indispensáveis para que se tipifique a dação em pagamento:

1.°) que exista uma obrigação anteriormente contratada;

2.°) que a prestação seja substituível por outra;

3.°) que o credor consinta em receber coisa diversa da contratada;

4.°) que exista a efetiva entrega da coisa em substituição à obrigação inicialmente contratada, com a finalidade de extinguir a obrigação.

11. FIUZA, César. Op. cit., p. 336.

A necessidade da existência de uma obrigação, seja ela de dar, de fazer ou não fazer, é lógica, a fim de que exista a possibilidade de se substituir o objeto desta obrigação. A substituição pode ser da coisa, objeto da obrigação de dar coisa certa, o que abrange também seus acessórios, e do objeto da obrigação de dar coisa incerta, esta indicada pelo menos no gênero e quantidade, conforme dispõe o art. 243 do CC. Regra geral, estes tipos de obrigação são mais impessoais e, a todo momento, vemos, na prática, serem realizadas substituições sem maiores dificuldades.

Na obrigação de fazer, a substituição poderá ser mais difícil, em virtude da natureza da obrigação contratada. Por exemplo, se for contratada a obrigação, com um pintor famoso, de retratar determinada pessoa ou paisagem, e este pretender a substituição, raramente haverá a concordância do credor e a satisfação do contrato. Neste caso, poderá a situação resolver-se em perdas e danos. Na obrigação de não fazer também poderá haver a substituição. Podemos citar como exemplo a obrigação dos proprietários de não construir muros divisórios em determinado condomínio imobiliário. Poderiam eles, entre si, resolver contratar a substituição dessa obrigação, de não fazer, por outra, como, por exemplo, de plantar entre as propriedades cercas vivas de árvores que deverão ser podadas até determinada altura.

Existe a necessidade de que os objetos sejam substituíveis e, no caso, lícitos, possíveis e determináveis, pois se assim não o forem, a conseqüência é a invalidade do negócio jurídico. É necessário ainda que o credor consinta em proceder à substituição e que este tenha capacidade jurídica para efetivar tal contrato.

A dação exige plena capacidade das partes, como todo contrato oneroso. O mandatário com poderes gerais não pode contratar dação em pagamento, pois esta representa quitação que não é incluída nos poderes gerais de administração. O Código Civil prevê, em seu art. 661, o seguinte:

"Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1.º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos."

Requisito elementar, ainda, é que exista a efetiva entrega da coisa em substituição à obrigação inicialmente contratada, com a finalidade de extinguir a obrigação, conforme nos ensina Caio Mário da Silva Pereira:

"É preciso, também que a coisa dada em pagamento tenha existência atual. Se versar sobre coisa de existência futura, ou se for um compromisso de entregar coisa no futuro, implicará a criação de uma obrigação, sem caráter de pagamento, e terá como efeito ou a realização de uma novação, se a primitiva *obligatio* for extinta, ou em uma obrigação paralela, se aquela subsistir até a execução da nova."[12]

12. PEREIRA. Op. cit., p. 236.

5. NATUREZA JURÍDICA

A dação tem a natureza de pagamento. É uma forma de pagamento indireto. O pagamento é a forma de cumprimento da obrigação. Na dação ocorre o cumprimento da obrigação, da mesma natureza que no pagamento direto, mas este é feito pela substituição do objeto da prestação. Portanto, é forma de pagamento, mas indireto, pois feito de outra forma que não a contratada inicialmente. O pagamento é feito por coisa interposta, em substituição à prestação original.

Não é considerada novação objetiva, como no Direito francês. Neste, ocorrida a aceitação da substituição, se houver evicção na coisa recebida, tem o credor somente o direito de reclamar a atuação da garantia, mas a primitiva obrigação não se restabelece. No nosso Direito, a evicção é tratada quanto à dação em pagamento de outra forma. Havendo esta, repristina-se, a obrigação principal.

O pagamento em cheque é entendido como ordem de pagamento a vista e considerado pagamento, o que não se configura uma dação.

César Fiuza entende que existe a dação *pro soluto* e dação *pro solvendo*. A dação *pro soluto* é a substituição do objeto do contrato por outro, com a imediata e simultânea extinção da dívida. Já a dação *pro solvendo* seria a assunção de uma nova obrigação para garantir a obrigação principal. Cita ele o caso de uma pessoa que dá cheque em garantia para pagamento de dívida. O cheque, neste caso, não poderia ser uma ordem de pagamento a vista, mas oferecido como título substitutivo da coisa original contratada, ou seja, o objeto inicial foi substituído pelo cheque. Aqui existiriam duas obrigações: uma seria a original, e outra seria a do cheque. Paga a obrigação original, a do cheque se extingue ou, pago o cheque, a obrigação original se extingue. Caio Mário da Silva Pereira, em sentido contrário, entende que, neste caso, de dação *pro solvendo*, não há dação em pagamento, mas um meio de pagamento ou uma novação.

6. A DAÇÃO EM PAGAMENTO E A EVICÇÃO

Outro artigo do anterior Código Civil que sofreu modificação comparado com o atual foi o art. 359, ao qual, em relação à legislação anterior, foi acrescida ao seu final a expressão "ressalvados os direitos de terceiros", o que representa a aplicação do princípio da boa-fé, um dos fundamentos do nosso Código Civil. O adquirente de boa-fé não pode ser prejudicado por ato do qual não tenha participado e que lhe reduza o patrimônio. Comparemos a redação dos dois Códigos:

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
"Art. 998. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada."	"Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros."

O artigo trata da hipótese em que o devedor entrega ao credor, como pagamento, coisa que não lhe pertence. Nesse caso, por força da evicção, há de restabelecer-se a obrigação primitiva.

Evicção é a perda do bem, por decisão judicial, em ação reivindicatória proposta pelo legítimo titular da propriedade.

Segundo Maria Helena Diniz:

"Evicção vem a ser a perda da coisa, por força de decisão judicial, fundada em motivo jurídico anterior, que a confere a outrem, seu verdadeiro dono, com o reconhecimento em juízo da existência de ônus sobre a mesma coisa, não denunciado oportunamente no contrato." E continua: "A garantia por evicção constitui uma obrigação de fazer do transmitente:

a) de não turbar o adquirente, assegurando-lhe a posse pacífica da coisa alienada;

b) de o assistir e tomar a sua defesa, no curso de uma ação reivindicatória, ao ser denunciado à lide; e

c) de reparar os danos sofridos pelo comprador, se a evicção se consumar."[13]

A evicção é, assim, o instituto que determina que o alienante tem a obrigação de entregar o bem alienado, sem ônus ou restrições, ao adquirente, e ainda de garantir que este o use e dele goze. É obrigação do transmitente defender o bem de pretensões de terceiros, quanto ao seu domínio, e ainda de resguardá-lo dos riscos da evicção, pois se o adquirente vier a perder o bem em razão de sentença judicial, baseada em causa preexistente ao contrato, o alienante poderá ser responsabilizado com a restituição integral do valor do negócio, mais indenização por perdas e danos, despesas contratuais, custas judiciais, honorários de advogados etc.

O alienante, nos contratos onerosos, responde pela evicção e esta subsiste mesmo que a aquisição tenha se realizado em hasta pública. Só pode ser afastada se houver cláusula expressa no contrato de alienação do bem. É o que nos diz o Código Civil em seus arts. 447 e 448:

"Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

Art. 448. Podem as partes, por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção."

Na dação em pagamento, o devedor, que contrata com o credor a substituição do objeto da prestação por outra coisa, tem de garantir ao credor que a coisa dada em pagamento não corre o risco da evicção.

Carvalho de Mendonça, citado por Beviláqua, resume com maestria a situação:

"Se a dação é uma forma de pagamento, não se compreende que este se possa fazer senão de modo a liberar o devedor e satisfazer plenamente os interesses do

13. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 126.

credor. Ora, se o que ele prestou não era seu, não se pode ver de que modo ele possa ser exonerado. Por outro lado, se o credor pode ainda ser incomodado por terceiro, se aquilo que recebeu como uma prestação, que lhe era devida, deixa de o ser, de fato, a que ficaria reduzido o seu direito creditório?"[14]

No caso de perda da coisa pela evicção repristina-se a obrigação originária. A evicção da coisa torna sem qualquer efeito a quitação e retornam as partes ao estado primitivo. Essa situação é muito parecida com a condição resolutiva. O terceiro não pode ser prejudicado se não for eficaz a dação.

Quanto a vícios redibitórios, vigoram os princípios deste instituto, conforme prescreve o Código Civil, no art. 441:

"A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor."

7. A DAÇÃO EM PAGAMENTO E AS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVA E FACULTATIVA

Na obrigação alternativa, o devedor poderia entregar para cumprimento do contrato uma ou outra coisa e, efetivamente, para cumprimento da obrigação, entrega uma das coisas. A faculdade de entregar uma ou outra coisa é do devedor. É o que diz o Código Civil no *caput* do art. 252:

"Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou."

Esta opção já estava prescrita no contrato e não se confunde com a dação em pagamento, pois não existe a substituição de uma por outra coisa. O devedor, ao contratar, poderia cumprir a obrigação de forma opcional. Já na dação, além das diferenças que citamos, para que haja a substituição da coisa objeto do contrato é necessária a concordância do credor, enquanto na obrigação alternativa, a opção pela entrega de um dos bens é do devedor.

A obrigação facultativa, apesar de não estar prevista expressamente no Código Civil, tem sido largamente aceita pela doutrina e se consubstancia na obrigação do devedor de entregar a *res debita* contratada, mas este guarda a faculdade de entregar outra, quitando-se a obrigação como se tivesse entregado a coisa original. O credor se limita a exigir o devido, e não outra coisa. A prestação é simples e determinável. A escolha é definitiva. Uma vez feita, concentra-se a obrigação como se esta tivesse sido pactuada desde o início. Assim, a obrigação alternativa existe no contrato até o momento da escolha. Feita esta, a obrigação se converte em obrigação simples. Na obrigação facultativa, apesar de esta estar mais perto da dação em pagamento, falta o elemento caracterizador, pois apesar da entrega ter sido de outra coisa que não o objeto do contrato, estava prescrito no mesmo que o pagamento poderia ser desta forma, e mesmo assim estaria cumprida e extinta a obrigação.

14. FIUZA, Ricardo. Op. cit., p. 328.

8. Diferenças entre a dação em pagamento e a novação, a compensação, a transação, a confusão, o compromisso e a remissão

A principal diferença é que com a dação ocorre o pagamento e a obrigação se extingue. Nos demais modos – a novação, a compensação, a transação, a confusão, o compromisso e a remissão – existe a extinção da obrigação sem que ocorra o pagamento diretamente. Mas existem peculiaridades e passaremos a analisar caso a caso.

8.1 A dação em pagamento e a novação

Novação é a constituição de uma obrigação nova, substituindo a obrigação originária sem que se realize o pagamento. A diferença com a dação em pagamento é exatamente esta, pois na dação em pagamento, o que se substitui não é a obrigação, mas a coisa objeto desta e, com a substituição da coisa, o credor a recebe e dá por extinta a obrigação. A existência dessa nova obrigação é condição para a extinção da anterior. Na novação não existe pagamento e quitação, ou satisfação do crédito, pois este continua a existir pela nova obrigação contratada, totalmente desvinculada da anterior. Neste caso, ou seja, com a novação, se extingue a obrigação anterior, passando a existir uma nova obrigação. É importante esclarecer que a simples modificação de um prazo no contrato, ou de uma condição, não importa em novação. Na dação em pagamento se extingue a obrigação com a entrega da coisa em substituição à contratada.

8.2 A dação em pagamento e a compensação

Compensação é o acerto entre débito e crédito feito entre duas pessoas que têm, ao mesmo tempo, a condição recíproca de credor e devedor. A compensação pode ser convencional, mas o mais usual é a sua oposição em procedimentos judiciais, como meio de defesa. As dívidas devem ser exigíveis e os débitos se extinguem até onde se compensarem. As obrigações extinguem-se por via indireta, com a compensação, não havendo, na verdade, um pagamento. Poderíamos até entendê-la como um acerto de contas. Na dação em pagamento a extinção da obrigação se dá com a substituição do objeto da obrigação; na compensação não existe qualquer substituição de objeto, existe a liquidação da obrigação, de forma indireta, não ocorrendo o efetivo pagamento.

8.3 A dação em pagamento e a transação

Transação é a concessão feita entre credor e devedor, de direitos patrimoniais, com o fim de prevenir ou terminar litígio. A transação importa em renúncia de direito ou parte deste, em face de concessões recíprocas do credor e devedor. A transação é um contrato, podendo nela ser inserida cláusula penal, e por ela apenas se declaram ou reconhecem direitos, não havendo transmissão. Admite as condições resolutiva e suspensiva, como contrato que é. Na dação em pagamento existe o cumprimento de toda a obrigação, por intermédio da

substituição do seu objeto por outro, promovendo-se a extinção da obrigação, e não como na transação, de renúncia de direito ou parte dele, com o fim de extinguir a obrigação.

8.4 A dação em pagamento e a confusão

Pela confusão extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor (art. 381 do CC). Na obrigação, a existência de dois pólos – credor e devedor – é essencial, e quando estes se fundem na mesma obrigação, esta não sobrevive. A obrigação não se extingue pelo pagamento como na dação em pagamento, mas sim pela impossibilidade da sua execução.

8.5 A dação em pagamento e o compromisso

O compromisso é uma forma de solução de litígios de natureza patrimonial entre pessoas que podem contratar, e poderá ser judicial ou extrajudicial. No nosso Direito, é matéria tratada nos arts. 851 a 853 do CC, e na Lei 9.307, de 23.09.1996. Trata-se da arbitragem.

O compromisso é contratual, sendo matéria muito próxima da transação, mas desta se difere por admitir que as partes, antes mesmo de qualquer potencial litígio, possam contratar o compromisso, para mediação, se necessário, então nomeia-se mediador, que tem a função de árbitro. Este é um juiz de fato e de direito, que tem autonomia e expede a sentença arbitral que, independentemente da homologação pelo Judiciário, deve ser observada pelas partes e, se necessário, poderá ser executada pelo Poder Judiciário. Não se pode dizer que a sentença arbitral venha a ser, em alguns casos, uma dação em pagamento, quando da decisão de algum litígio. A natureza da dação em pagamento é totalmente diferente da natureza do compromisso. A sentença arbitral se destina a dar determinada interpretação a um contrato, podendo concluir pela entrega da coisa contratada, nunca a substituição desta, o que seria matéria para a dação em pagamento. O compromisso é também forma de extinção de obrigação, não diretamente, mas por via oblíqua.

8.6 A dação em pagamento e a remissão

Remissão é perdão. Ocorre quando o credor libera o devedor da obrigação, sem o seu cumprimento. Na remissão ocorre, por parte do credor, a renúncia de receber o que é devido, sempre de um direito disponível, desde que haja a concordância do devedor, considerando-se com isso extinta a obrigação. Pode ser total ou parcial. A remissão não se confunde com a doação, pois apesar de existir na remissão a possibilidade do *animus donandi*, na doação é intrínseca esta característica, não existindo ainda uma anterior obrigação. Por outro lado, a remissão será sempre por acordo bilateral; já a doação é unilateral. A remissão pode ser total ou parcial e a extinção da dívida principal elimina as acessórias, mas poderá haver somente a remissão com referência às obrigações acessórias, permanecendo a obrigação principal. Não se confunde também com a dação em

pagamento, pois nesta existe o pagamento, por intermédio da substituição do objeto da obrigação, com a aquiescência do credor.

9. Algumas peculiaridades jurisprudenciais quando do exame de questões referentes à dação em pagamento

9.1 A promessa de dação em pagamento

Não existe a possibilidade de existir promessa de dação em pagamento. A extinção da obrigação se dá com a dação, o que não ocorrerá com a promessa de dação. Seria a promessa de dação uma figura jurídica próxima à dação *pro solvendo*, defendida por alguns doutrinadores, como César Fiuza, e combatida por outros, como Caio Mário da Silva Pereira, mas sem possibilidade de se ver extinguir a obrigação pelo pagamento, essência da dação.

9.2 A dação para extinção de dívida tributária

A lei tributária determina, e a jurisprudência tem entendido que o débito tributário deve, necessariamente, ser pago em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir. A dação em pagamento, para o fim de quitação de obrigação tributária, só é aceita em hipóteses elencadas legalmente. Isso porque é da essência da dação em pagamento a aceitação do credor. Neste caso, a aceitação da administração teria de ser autorizada por lei, sem o que não se extingue a obrigação. Em se tratando de dívida tributária, indisponível à autoridade fazendária, não há como se admitir a dação em pagamento, nem mesmo por via de título da dívida pública, se este procedimento escapa à estrita legalidade.

9.3 A consignação em pagamento

Também a dação em pagamento não pode ser imposta em ação de consignação em pagamento. Nesta o credor não pode ser compelido a receber coisa diversa do objeto da obrigação. É requisito previsto por lei o consentimento do credor, autorizando a substituição da coisa objeto da obrigação contratada, sem o que não haverá dação.

10. A dação em pagamento e o registro de imóveis

Antes do término do atual estudo podemos, resumindo tudo que até agora foi dito, fazer algumas observações que poderão ser úteis aos registradores imobiliários quando da qualificação de títulos que portem a liquidação da obrigação por intermédio da dação em pagamento.

Como vimos, a dação em pagamento é a entrega de coisa diferente da inicialmente contratada para o cumprimento de uma obrigação.

A substituição é do objeto da obrigação, ou da coisa, e não da própria obrigação.

A substituição pode ser por bem móvel, imóvel, título de crédito ou qualquer outro, com a finalidade de se promover o cumprimento do contrato.

A prestação é substituída pela entrega de um objeto, pouco importando o valor deste. O que importa é que o credor o receba como pagamento pela obrigação contratada, e com este pagamento seja extinta a obrigação. O objeto oferecido em substituição pode, às vezes, nem ter valor comercial. Oferecido o objeto em pagamento e aceito este pelo credor, extingue-se a obrigação pela dação em pagamento.

A dação em pagamento é negócio bilateral, comutativo, oneroso e real.

Se a coisa oferecida em pagamento tiver preço, a obrigação será regulada pelas normas do contrato de compra e venda.

Se o pagamento é feito por dação em pagamento de um bem imóvel, aquele contrato de transmissão da propriedade imobiliária, em decorrência da dação em pagamento, é um novo contrato e as suas regras são desvinculadas do contrato anterior, que se extinguiu em virtude da dação. A transmissão da propriedade será contratada por escritura pública, ressalvada a exceção do art. 108 do CC (valor do imóvel inferior a 30 salários mínimos), que só se aperfeiçoa com o registro em Cartório de Registro de Imóveis, sem o que não se extingue a obrigação, pois a transmissão da propriedade imobiliária se dá pelo registro.

No caso de evicção do imóvel ofertado, o Código Civil brasileiro prevê um efeito repristinatório da obrigação principal. O alienante responde pela evicção e esta subsiste mesmo que a aquisição tenha se realizado em hasta pública. Só podendo ser afastada se houver cláusula expressa no contrato de alienação do bem.

Aplicam-se à dação, quando de bem imóvel, as mesmas exigências da compra e venda, como *ius disponendi* do bem, proibição de dação de ascendente a descendente, possibilidade de anulação se realizada em fraude contra credores, necessidade de ampla regularização tributária com os fiscos federal, estadual e municipal etc.

A dação exige plena capacidade das partes, como todo contrato oneroso. O mandatário com poderes gerais não pode contratar dação em pagamento, pois esta representa quitação que não é incluída nos poderes gerais de administração.

Se a dação for por cessão de crédito, e se o crédito tiver lastro hipotecário, deverá ser promovida a averbação da cessão no Registro de Imóveis e, neste caso, deverá o contrato ser feito por escritura pública (art. 108 do CC).

No caso de cumprimento parcial da obrigação, através de parcelas ou prestações, aplicam-se as mesmas regras previstas, liquidando-se parcela por parcela ou parte da obrigação.

É admitida a substituição de "coisa por dinheiro" quando, por exemplo, a obrigação principal é a permuta futura de dois imóveis e as partes resolvem substituir um deles ou ambos por dinheiro. O novo Código Civil não traz mais em seu texto a impossibilidade de o credor receber dinheiro em substituição da prestação que lhe era devida, como se via na redação do Código Civil de 1916.

Na situação de ser acertada a dação em pagamento representada por bem imóvel, para quitação de mútuo, garantido por hipoteca, será lavrada a escritura de transmissão da propriedade, que deverá ser registrada na matrícula do imóvel

objeto da dação. Este registro é pré-requisito para a averbação da quitação da obrigação e assim ser feito o cancelamento da hipoteca.

Não existe a possibilidade de existir promessa de dação em pagamento. A extinção da obrigação se dá com a dação, o que não ocorrerá com a promessa de dação.

A lei tributária determina e a jurisprudência tem entendido que o débito tributário deve, necessariamente, ser pago em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir. A dação em pagamento, para o fim de quitação de obrigação tributária, só é aceita em hipóteses elencadas legalmente.

A dação em pagamento não pode ser imposta judicialmente, em ação de consignação em pagamento, pois o credor não pode ser compelido a receber coisa diversa do objeto da obrigação. É requisito previsto por lei o consentimento do credor, autorizando a substituição da coisa objeto da obrigação contratada, sem o qual não haverá dação.

11. Conclusão

A *datio in solutum*, instituto nascido no Direito Romano, e que foi recepcionada no nosso Direito com o nome de dação em pagamento, é forma de extinção da obrigação feita através da substituição do objeto da obrigação contratada, desde que haja concordância do credor. No Código Civil de 1916 era tratada em quatro artigos (995 a 998); e no novo Código Civil também continua sendo tratada em quatro artigos (356 a 359).

Duas modificações foram feitas comparando-se os dois Códigos. O atual art. 356, dando amplitude ao instituto, prescreve que o credor pode consentir em receber "prestação diversa da que lhe é devida", ou seja, a substituição pode dar-se por qualquer outra coisa, enquanto o antigo Código Civil determinava que a substituição da prestação poderia ser por "coisa que não fosse dinheiro". Restringia a substituição. Vimos que, nesse caso, os doutrinadores que tratam da matéria continuam a entender, de forma idêntica ao Código anterior, que a substituição pode ser feita de toda forma, menos por dinheiro, apesar de não haver a restrição no texto legal. Entendem que se a substituição se der por dinheiro, teria esta a natureza de indenização, o que desconfiguraria o instituto. Provavelmente a jurisprudência, com o desenrolar do tempo, altere essa orientação.

A outra modificação se deu no atual art. 359, que trata da evicção da coisa dada em pagamento. Determina o novo artigo que, sendo o credor evicto, restabelece-se a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ou seja, repristina-se a obrigação contratada, da mesma forma como está escrito no texto antigo, mas se inclui no novel texto a expressão "ressalvados os direitos de terceiros", tendência manifestamente embasadora do Código Civil de 2002, que se apóia, de forma principiológica, na doutrina da presunção da boa-fé dos contratantes.

A dação em pagamento, instituto largamente aplicado no nosso Direito, vê-se amoldada às necessidades atuais, com o novo Código Civil, ao não mais restringir a substituição da coisa objeto da obrigação e ainda ao se aplicar a este instituto a proteção firmada, nos dias atuais, ao contratante de boa-fé.

12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÓDIGO CIVIL DA ARGENTINA. Disponível em <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/>. Acesso em: 08.12.2004.

CÓDIGO CIVIL DA FRANÇA. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/ccivillo.rcv>. Acesso em: 08.12.2004.

CÓDIGO CIVIL DO MÉXICO. Disponível em <http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-intro.html>. Acesso em: 08.12.2004.

CÓDIGO CIVIL DO URUGUAI. Disponível em <http://www.todoelderecho.com/Uruguay/codigos.htm>. Acesso em: 08.12.2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 8. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Tais Maria Loures Dolabela. *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, 1ª parte.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

5

O parcelamento, edificação ou utilização compulsórios: a utilidade como limite da apropriação do solo urbano e os requisitos para sua implementação

PAULO FERNANDO DUARTE RAMOS

Bacharel em Direito pela PUC-RS. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Unisinos. Mestrando em Direito pela UNISC. Advogado.

FABÍOLA REGINA DA ROCHA

Bacharel em Direito pela Unisinos. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Advogada.

RESUMO: Entre os fatores que impedem o amplo acesso à moradia destaca-se a apropriação ilimitada do espaço urbano com finalidade acumulativa e especulativa, decorrente da aculturação individualista fundamentada em dispositivos jurídicos em que não há limitações para tal. Instrumentos de uso compulsórios e de sanção patrimonial, visivelmente fundamentados no princípio do limite de utilidade, podem interferir diretamente em conceitos pétreos ligados à propriedade privada. Contudo, dependem da atuação do legislativo e da capacitação do Poder Executivo local, na implementação de políticas públicas essenciais ao rompimento dos paradigmas existentes para alçar à supremacia o interesse coletivo sobre o individual, eis que cidadania exige o sentido plural, pois sozinho o homem não subsiste e não será, jamais, pleno cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade urbana – Princípio do limite de utilidade – Uso compulsório – Interesse coletivo – Políticas públicas.

RESUMEN: Incluso en los factores que impiden el amplio acceso a la habitación si resalta la apropiación ilimitada del espacio urbano, con objetivo de acumulación y de especulación, efecto de una aculturación, individualista, fundamentada en disposiciones jurídicas en las que no hay restricción a eso. Instrumentos de uso compulsorios y de sanción patrimonial, visiblemente fundamentados en el principio del limite de utilidad, pueden entrometerse directamente en los conceptos elementales de la propiedad privada. Sin embargo, dependen de la actuación del legislativo y la capacitación del poder ejecutivo local, en la implementación de políticas públicas esenciales a el rompimiento de los paradigmas actuales para alzar a la supremacía el interés colectivo sobre el individual, por cuanto ciudadanía exige significado plural, una vez que solo el ser humano no subsiste y no será, jamás, pleno ciudadano.

PALABRAS-CLAVE: Propiedad urbana – Principio del limite de utilidad – Uso compulsório – Interés colectivo – Políticas públicas.

ÁREA DO DIREITO: Urbanístico; Registral Imobiliário

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Propriedade e o bem-estar: o direito "de" e o direito "à" – 3. Legitimidade da apropriação acumulativa e ilimitada – 4. O princípio do limite de utilidade da propriedade urbana: a utilização compulsória – 5. Requisitos e obstáculos à implementação da utilidade forçada – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O texto propõe analisar o instrumento jurídico e de política fundiária previsto no art. 182, § 4.°, I, da Constituição Federal do Brasil, de 1988, regulamentado por meio do Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10.07.2001, especificamente nos arts. 4.°, V, i; 5.° e 6.°, sob a denominação e formatação do parcelamento, da edificação ou da utilização compulsórios do solo urbano, que poderão ser aplicados em imóveis não edificados, subutilizados ou não utilizados, o qual se apresenta como norma que visa interferir diretamente em conceitos pétreos ligados à propriedade.

Pretende-se, de início, uma apreciação de noções filosóficas diretamente ligadas aos dispositivos constitucionais que determinam o direito de propriedade e o direito à propriedade, os quais aparentemente são convergentes, mas, que, na realidade local, mostram-se antagônicos, mesmo que se completem. O antagonismo está no fato de que a acumulação de propriedade por uns impede o acesso de outros, em termos da realização e busca pela moradia como efetivação da dignidade humana e manifestação da liberdade como os maiores atributos da cidadania. Deve-se considerar o direito à propriedade como um direito social puro[1] e natural, inerente ao ser humano, cuja primeira propriedade é sobre o próprio corpo e sua atividade, como expressão da liberdade.

Entre os fatores que impedem o amplo acesso à propriedade urbana destaca-se a apropriação ilimitada do espaço urbano, notadamente acumulativa e especulativa, decorrente de uma cultura individualista, fundamentada em dispositivos jurídicos existentes há séculos que não impõem limitações a tal apropriação e, pelo contrário, estimulam-na, tornando-se o solo urbano mercadoria ou produto de especulação imobiliária (fim) e não objeto (meio) de realização do bem-estar e felicidade do ser humano. Cabe, então, uma reflexão sobre a legitimidade da apropriação acumulativa e especulativa do solo urbano, especialmente tendo em mente que se trata de um bem natural relativamente limitado dentro da estrutura e limites físico-geográficos e ambientais da cidade.

1. O autor destaca a tipologia do direito social em Gurvitch (1932), identificando os seguintes tipos: I – direito social puro e independente; II – direito social puro sujeito à tutela do Estado; III – direito social autônomo anexado pelo Estado; IV – direito social condensado no direito estatal democrático. Ou seja, ao fazer parte da norma positivada o direito social puro torna-se direito social condensado. In: HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local*: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p.37-38.

Para modificar o paradigma, surgem instrumentos jurídicos e de política fundiária que propõem uma Reforma Urbana, formulados no Estatuto da Cidade, que, se aplicados, devem induzir os proprietários a conferir um sentido de utilidade ao solo urbano, na realização da função social da propriedade e da cidade. São instrumentos que visam eliminar a ociosidade, a subutilização e a não-utilização dos espaços urbanos particulares. Cabe questionar se esses instrumentos compulsórios, agregados aos institutos de sanção patrimonial que fazem parte do mesmo capítulo legal, servirão para modificar o panorama enraizado na matriz capitalista de acumulação de bens. Serão ou não auto-aplicáveis? Qual o procedimento utilizável?

Para responder a essas indagações é necessária uma reflexão de como deverão ser tratados tais mecanismos criados pelo Estatuto da Cidade, haja vista que sua aplicação depende, expressamente, de outros diplomas legais no âmbito do Município. Isso traz à tona questões não plenamente satisfeitas na ordem democrática, entre as quais a atuação do Poder Legislativo e a capacitação do Executivo como espaços de decisão e implementação de políticas públicas que devem romper com paradigmas existentes para implementar ditos institutos jurídicos e alçar à supremacia o interesse coletivo perante o individual.

2. Propriedade e bem-estar: o direito "de" e o direito "à"

Na medida em que o conceito do direito de propriedade urbana perde seu significado absoluto em face das inúmeras obrigações e restrições ao exercício do domínio impostas por leis urbanísticas, paradoxalmente cresce em importância o direito à propriedade. Diante da necessidade de uma ordem de convivência e de desenvolvimento da cidade, retira-se do proprietário a essência liberal de livre uso e posse do objeto, que passa a ser determinado no interesse social. Paralelamente, as políticas públicas fundiárias, sejam de regulação como de regularização, voltam-se cada vez mais ao não proprietário, conferindo-lhes reais possibilidades de alcançar aquele *status*. Pode-se afirmar que o direito de propriedade inerente àquele já proprietário e, portanto, situado no presente, abre espaço ao direito à propriedade, ou seja, um direito a ter propriedade, localizado no futuro, reservado àquele indivíduo que ainda não a possui, mas que ao obtê-la equivale-se ao outro que já a tem.

Nesse sentido, a propriedade é almejada por todos no espaço local como concretização daquilo que David Hume[2] chama de sonho ou fantasia, fruto de

2. "A fantasia em si mesma é o lado fraco e irregular da imaginação, o lado oposto ao do poderoso e indispensável entendimento – fora da vida social, ela é praticamente inútil, e até fonte de superstições e outros erros. Mas é a partir dela (fantasia) que a associação (de idéias) por semelhança gera a simpatia, sem a qual seria impossível a obediência espontânea às regras morais. Sem as regras morais, por sua vez, as sociedades em que se organiza a vida dos homens seriam dilaceradas pelo conflito, não numa "guerra de todos contra todos" hobbesiana, mas em lutas intestinais que de qualquer modo a destruiriam. Ora, uma das mais centrais teses de Hume, diz-nos que sem a sociedade a espécie humana seria incapaz de sobreviver, por várias razões, como a sua relativa fraqueza física

um anseio individual que acaba por alimentar o crescimento da cidade, mesmo que de forma desordenada e problemática.[3] Prossegue afirmando que, ao se fazer menção da propriedade, o nosso pensamento transporta-se naturalmente para o proprietário, como prova de perfeita relação de idéias. Diz, ainda, sempre que um prazer ou uma dor nasce de um objeto ligado à pessoa pela propriedade, pode-se estar certo de que o orgulho ou a vergonha deve originar-se desta conjunção de relações.

Nessa esteira, é possível equiparar os conceitos da felicidade e bem-estar em Aristóteles[4] ao conceito de prazer em Hume, para quem, pela mesma razão que a riqueza causa o prazer e orgulho e a pobreza desperta mal-estar e vergonha, onde o poder produz as primeiras emoções e a escravidão as segundas, completa dizendo que "o poder torna-nos capazes de contentar todos nossos desejos e a escravidão expõe-nos a carências e mortificações".[5] Assim sendo, pode-se afirmar que a incapacidade ou a não realização dos nossos desejos de felicidade e bem-estar, ou seja, a dor, nos aproxima da escravidão e nos afasta da liberdade. Daí dizer-se que a realização da propriedade urbana traz significado de realização do indivíduo e, por conseguinte, de liberdade, da dignidade humana, da plenitude da cidadania e sua inclusão social. Ao revés, a não realização afasta a pessoa e a relega ao plano da exclusão, humilha e aprisiona, impede de alcançar a felicidade e o bem-estar, ideais aristotélicos e finalidade do homem.

Por seu turno, refere Lewis Mumford que: "no clássico *Princípios de psicologia*, William James descreveu muito bem a maneira pela qual a casa e as posses de um homem se tornam tanto parte de sua personalidade completa quanto seu conhecimento, seus sentimentos, suas opiniões e seus atos".[6] Em sendo verdadeiro em relação ao indivíduo, completa o autor, é mais ainda em relação à comunidade (materializada na cidade, somatório de propriedades individuais), onde o mais humilde habitante pode identificar-se com sua (da cidade) personalidade e grandeza. No mesmo sentido, Liszt Vieira define o "estabelecimento de uma personalidade em um território geográfico" como sendo a "pertença a um Estado-nação",[7] o elemento fundamental da cidadania. Esse ideal, fantasia ou sonho da propriedade, da liberdade e do bem-estar de todos, como síntese

ou a longa e indefesa infância por onde começa a vida de cada ser humano. O círculo argumentativo fecha-se: a fantasia acaba por tornar-se também um princípio da natureza humana indispensável à sobrevivência individual, através da mediação da simpatia, da moral e da preservação da sociedade" (HUME, David. *Tratado da natureza humana*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 10-11).

3. "A organização interna de nossas cidades, grandes, pequenas e médias, revela um problema estrutural, cuja análise sistêmica permite verificar como todos os fatores mutuamente se causam, perpetuando a problemática" (SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: EUSP, 2005. p. 107).
4. ARISTÓTELES. *Ética a Nicomacos*. São Paulo: Abril, 2000. p.13.
5. HUME. Op. cit., p. 371.
6. MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*: suas origens, transformações e perspectivas. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p.81.
7. VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania*. São Paulo: Record, 2001. p. 34.

da dignidade humana e cidadania, encontra-se destacado na Carta Magna, tanto no art. 3.°, IV, quanto no art. 5.°, surgindo como direito-dever a ser alcançado e exercitado plenamente, como efetividade de cidadania por meio da propriedade, assim como o era para os romanos, na origem.

Como dito, ao ser abordado o tema da propriedade urbana, deve-se ter um mente não mais aquela propriedade absoluta, exclusiva e perpétua, com razões de justificação e fundamentação individualista, contemplada na expressão do livre *utendi, fruendi et abutendi, na plena in re postestas*,[8] constituída na propriedade *quiritária*[9] como identidade do cidadão, e sim aquela propriedade, ainda que não plenamente assumida em suas novas características, que vem, gradativamente, transmutando-se para uma feição social, onde, mesmo sob o domínio individual, deve submeter-se a uma vontade coletiva por força do Contrato Social brasileiro que se implementa passo a passo.

Para Eros Roberto Grau "a concepção romana, que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade do patrimônio), sucumbe diante da concepção aristotélica, finalista, que a justifica por seu fim, seus serviços, sua função".[10] Sob este prisma, o sistema que reconhece e protege a propriedade privada, inclusive contra o Estado (público), vê a introdução do conceito de função social, "passa a propriedade, assim, a ser vista desde uma prospectiva comunitária, não mais sob uma visão individualista".[11] Por outro lado, a visão coletiva não delimita a alcance de realização do sonho do indivíduo que, contaminado pela ambição e sede de poder, não encontra limites legais para a apropriação de bens. De fato, não há no ordenamento jurídico pátrio restrição alguma ao acúmulo de bens e propriedades. Pelo contrário, essa conduta é plenamente estimulada em todos os sentidos e se resume na permanente insatisfação humana, retratada no consumismo e na ânsia pela acumulação de bens, mormente por aqueles que possuem tal capacidade econômica[12] em desfavor daqueles que, sem esta, sequer alcançam o mínimo existencial de uma moradia digna.

8. Usar, fruir e dispor, no domínio pleno da coisa.
9. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. São Paulo: Forense, 1993. p. 159. Explica o autor que *Quirites* são os Sabinos, elemento étnico que se fundiu a Roma, os filhos de Quirino, nome de Rômulo após sua morte.
10. GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano:* regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, PL de desenvolvimento urbano. São Paulo: RT, 1983. p. 63.
11. GRAU. Op. cit., p. 66.
12. Em uma análise com sentido econômico, Sposito identifica que "o acesso à moradia está subordinado ao nível salarial determinado por uma economia capitalista em que tudo se torna mercadoria até mesmo a terra, cujo valor eleva-se nas cidades pelo alto nível de concentração de pessoas e atividades" (SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e urbanização*. São Paulo: Contexto, 2005. p. 73).

Este processo de apropriação ilimitada é, especificamente, o fenômeno que Luiz Ernani Bonesso de Araújo e João Telmo Vieira[13] apontam como especulação imobiliária, decorrente do processo de fragmentação da cidade, "onde a terra passa a ser mercadoria como outra qualquer".[14] Acrescente-se ao quadro a preferência nas ações públicas voltadas para os bairros nobres da cidade, com localização e infra-estrutura urbana privilegiada, sob domínio de agentes imobiliários e empresas construtoras que lhes garante condições ideais à circulação e à reprodução ampliada do capital ali investido e, por óbvio, rendas extraordinárias,[15] novamente reinvestidas no sistema, disso resultando que os lugares da pobreza são os mais afastados, mais densamente ocupados e mais carentes dos serviços públicos.[16]

Nota-se que esse fenômeno não é contemporâneo; advém da idade média, como referem Araújo e Vieira: "podemos afirmar que a expansão territorial das cidades tem início na especulação gerada pelos proprietários de imóveis urbanos. Não tendo a princípio outra fonte de renda que pudesse manter seu padrão de vida, os aristocratas remanescentes ou herdeiros do sistema feudal buscavam alugar quartos em suas casas aos recém chegados do campo".[17]

Ressalte-se a observação de Ricardo Pereira Lira,[18] de que a faculdade de não uso do solo no exercício de atividade especulativa institui um *banco de terras* em benefício do proprietário fundiário, o qual aguarda o momento de, pela alienação do *estoque*, locupletar-se com a mais valia resultante do investimento de toda a comunidade, ou seja, retém o aumento do valor produzido pelo desenvolvimento da cidade, conhecido como renda imobiliária urbana, "em que a municipalidade não pode recuperar o dinheiro gasto para construir os serviços públicos, restando sempre em déficit".[19] Portanto, a razão econômica não deve predominar perante a razão social, qualquer que seja o argumento. Este é, claramente, um dos fatores que impedem o alcance da moradia àqueles não proprietários, cidadãos com insuficientes recursos financeiros para aquisição convencional, a quem resta o exercício do direito social puro, por meio de *modus acquirendi* não convencional, contrário aos ditames legais emanados por um Estado que "tem a dominação como forma de poder nas relações sociais com

13. ARAÚJO, L. E. B. de; VIEIRA, J. T. Normas reguladoras da expansão urbana na ótica da complexidade ambiental: em busca da concretização de um ambiente ecologicamente equilibrado. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas:* desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. T. 7, p. 2.152.
14. SILVEIRA, Rogério L. L. *Cidade, corporação e periferia urbana:* acumulação de capital e segregação espacial na (re)produção do espaço urbano. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. p. 33.
15. SILVEIRA. Op. cit., p. 106.
16. SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e urbanização.* São Paulo: Contexto, 2005. p. 75.
17. ARAÚJO, L. E. B.; VIEIRA, J. T. Op. cit., p. 2.151.
18. LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 157.
19. ARAÚJO, L. E. B.; VIEIRA, J. T. Op. cit., p. 2.152.

os cidadãos, o que estabelece uma desigualdade entre cidadãos e Estado e entre grupos e interesses politicamente organizados".[20]

Cabe então a pergunta: considerando-se legal a conduta da apropriação ilimitada e acumulativa, será legítima? Será justa? Para responder essa questão devemos socorrer-nos de um olhar filosófico e valorativo em que a moralidade assume importância.

3. Legitimidade da apropriação acumulativa e ilimitada

Entendem os positivistas não existir o problema da validade de leis injustas em face de que o valor não é objeto da pesquisa jurídica. Em relação à justiça, considera apenas a legal, posto não existir a chamada justiça absoluta, de modo que a justiça se resolve com a aplicação fria da lei ao caso concreto. Como refere Paulo Nader, os positivistas não aceitam a influência de elementos *extra legem* na definição do direito objetivo e praticam o puro *legalismo* ou *codicismo*.[21] Assim, pode-se afirmar que, para estes, o legal é legítimo. Por outro lado, os jusnaturalistas negam validade à lei não sintonizada com a justiça ou direito natural. Entendem que nem toda lei é direito se não consagrar princípios naturais absolutos e proclamar a ordem social segundo as medidas da justiça, principalmente quando envolve valores humanos essenciais. Assim, completa Nader, "os partidários da idéia do direito natural se identificam com os imperativos do justo".[22] Nesse viés, é permitido dizer: o que é injusto é ilegítimo.

Dessa forma, a questão anterior que envolve precisamente a ausência de lei que delimite a apropriação ilimitada e acumulativa (especulativa e desigual) não pode ser respondida por aqueles que têm sua atenção voltada para a interpretação e sistematização das normas jurídicas e que limitam sua análise ao direito positivo, onde o direito é a lei. Para o preenchimento da lacuna, exige-se uma especulação ética, metafísica ou sociológica, somente encontrada no direito natural, em que a "tutela à vida, garantia à liberdade e à igualdade de oportunidade formam os princípios constitucionais".[23] Nesse âmbito, nada melhor do que idéias liberais para justificação e fundamentação das noções da apropriação de bens, especialmente quando o enfoque é a propriedade imobiliária, tida como um dos elementos basilares da óptica econômica e capitalista (ou de mercado).

Sob a visão natural e liberal de John Locke,[24] a propriedade é inerente ao homem. Não se reduz o direito a bens materiais, pois abrange também, em sentido geral, a soma dos direitos à vida e à liberdade, portanto, ao próprio corpo e sua atividade como primeiras propriedades, que para serem realizados envolvem a subsistência, auto-preservação, alimentação, vestuário, moradia, entre outros,

20. SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice:* o social e o político na pós-modernidade. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 314.
21. NADER, Paulo. *Filosofia do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 178.
22. Op. cit., p.179.
23. Op. cit., p.164.
24. LOCKE, John. *Two Treatise of Government.* Londres: Cambridge Univ. Press, 1970. Apud JORGE FILHO, Edgar José. *Moral e história em John Locke.* São Paulo: Loyola, 1992. p. 77-137.

incluindo-se o acesso ao mundo da vida[25] como bem refere o autor, ao dizer: "os homens têm direito natural ao sustento e às *conveniências da vida*".[26]

Uma das formas de alcançar a propriedade é misturando a atividade corpórea a uma coisa. Considera o filósofo inglês que o trabalho é o único meio legítimo de apropriação da terra e que a invasão, a usurpação ou a conquista são meios ilegítimos, porquanto violentos e injuriosos.[27] Ao abordar o tema dos limites naturais da propriedade, Locke questiona: "até que ponto é legítimo nos apropriarmos dos produtos espontâneos da natureza ou da terra mesma?".[28] Evidentemente, a resposta a essa questão responde a indagação quanto à legitimidade da apropriação ilimitada do solo urbano.

O ilustre tratadista aborda dois limites fixados pela natureza à apropriação justa e pacífica: o primeiro, que chama *limite da suficiência*, veta a apropriação individual privilegiada que acarrete indisponibilidade para apropriação por cada um dos outros indivíduos. Ou seja, "obriga ao indivíduo a deixar, como reserva comum, terra suficiente para que cada um dos demais homens possa, quando da mesma diligência que ele, apropriar-se de um quinhão equivalente";[29] o segundo denomina *limite de utilidade*, obriga ao homem a restringir sua apropriação às utilidades, ou seja, às suas necessidades de subsistência junto às *conveniências da vida*. Dessas conveniências exclui-se o excesso ou luxo que, para Locke, não seria uma utilidade, mas sim uma forma de desperdício, eis que "a natureza deu-nos de tudo em abundância; mas foi-nos dado para o uso condicionado pelo não-desperdício: Deus nada fez para o homem estragar ou destruir".[30] Completa dizendo que, pela lei fundamental da natureza, ou princípio de preservação, "deixar estragar um excedente apropriado é impedir a sua utilização por outrem, um necessitado talvez, cuja preservação esteja em jogo".[31]

Com essas observações resta clara a idéia de Locke a respeito da apropriação no sentido de que a apropriação ilimitada é incompatível com a moralidade, já que, para ele, a acumulação viola o direito das futuras gerações aos recursos parcialmente renováveis. Pode-se, então, deduzir ser mais grave a situação de apropriação do solo urbano que, por suas características e delimitações espaciais, geográficas e ambientais, torna-se um recurso natural limitado, onde a apropriação ampliada, ou a posse desigual e desproporcional da terra, torna-a mais escassa, surgindo indivíduos sem oportunidade de apropriação de porções dela. Estes não poderão exercer o direito natural que gozaram seus antepassados. Além disso, assevera o filósofo que "o crescimento da propriedade de

25. "A reprodução das dimensões do mundo da vida envolve processos comunicativos de transmissão da cultura, de integração social e de socialização" (HABERMAS, Jürgen (1997). Apud GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2004. p 137).
26. LOCKE, John. *Two Treatise of Government*, Apud JORGE FILHO, Edgar José. Op. cit., p. 78.
27. Op. cit., p. 80.
28. Loc. cit.
29. Loc. cit.
30. Op. cit., p. 81.
31. Loc. cit.

alguns dependeria do rebaixamento de outros ao nível da subsistência e de sua exclusão do mercado de conveniências".[32] Como exercício, imagine Bill Gates apropriando-se de metade da cidade e, concomitantemente, impondo aos imóveis o preço que bem entender, fazendo aí morar somente quem o puder pagar. Por óbvio não seria moral e, mesmo legal, seria ilegítimo. Por estas razões, entre outras, em Locke, a apropriação ampliada e ilimitada é ilegítima.[33]

Conclui-se assim plenamente explicitadas as razões de fundamentação e justificação do Texto Constitucional, em seu art. 5.º, *caput*, com sentido de igualdade, da garantia de inviolabilidade do direito à propriedade, ou seja, é garantido igualitariamente o direito natural a ter propriedade. Além disso, no sentido de aproximação dessa norma de direito social condensado[34] e no rumo da positivação do *princípio do limite de utilidade*, que estabelece ao proprietário obrigações de utilização da propriedade para suas necessidades e *conveniências da vida*, tornando-a, assim, legítima, surge o Estatuto da Cidade, contendo instrumentos jurídicos que propõem a perspectiva de limitação à apropriação sem limites, sob possibilidades de sanção, ou seja, por meio da utilização compulsória da propriedade.

4. O PRINCÍPIO DO LIMITE DE UTILIDADE DA PROPRIEDADE URBANA: A UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIA

Mesmo sem interferir diretamente na liberdade de acumulação e apropriação ilimitada do solo urbano, que permite ao cidadão adquirir tantas propriedades quanto seu capital possa comprar, os instrumentos de utilização compulsórios visíveis no Estatuto da Cidade (EC) são instrumentos que podem aproximar a realidade ao princípio lockiano de utilidade e, se bem aplicados, promover uma Reforma Urbana por meio de política fundiária que garanta a função social da propriedade e da cidade. É o que se lê no seu art. 4.º, V, *i*, ou seja, institui como instrumentos jurídicos e de política pública fundiária urbana o parcelamento, edificação e utilização compulsórios. Completa-se no art. 5.º, que diz: "Lei municipal, específica para a área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação".

Vale lembrar que estes instrumentos obrigacionais, de utilização forçada do imóvel urbano, têm seu fundamento constitucional no art. 182, § 4.º, I, em que cumprem o papel de medidas administrativas preliminares, antecedentes às penalidades do imposto progressivo sobre a propriedade predial e territo-

32. LOCKE, John. *Two Treatise of Government*. Apud JORGE FILHO, Edgar José. Op. cit., p. 81.
33. "A virtude, cuja verdadeira medida é a lei da natureza deve enquanto obrigação universal ser praticável por todos ao mesmo tempo; a virtude de um não pode ser incompatível com a de outro, ou depender do vício alheio. Portanto julgamos não concordarem entre si a ampliação da propriedade e a lei da natureza que prescreve o limite de utilidade" (JORGE FILHO. Op. cit., p. 94).
34. HERMANY, Ricardo. Op. cit., p. 37-38.

rial urbana (IPTU progressivo) e à desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública, como disposto nos incisos II e III do mesmo Álbum. Por conseguinte, os institutos de uso forçado, do art. 5.º do EC, não podem ser dissociados dos instrumentos de sanção dispostos nos arts. 7.º e 8.º do mesmo diploma, ou seja, a possibilidade da cobrança de IPTU progressivo no tempo e da desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública, caso enquadrados no tipo e em descumprimento das determinações das obrigações impostas pela municipalidade. Nessa seara, o Estatuto da Cidade remete à decisão local a aplicação dos dispositivos, reforçando o viés municipalista da Constituição cidadã, atribuindo àquele espaço de discussão a solução de seus próprios problemas. Da mesma forma, deve o Município estabelecer os parâmetros e índices de aproveitamento e ocupação do solo urbano como lhe convier.

Cabe salientar que tais determinações, se estabelecidas no plano diretor, dependem de processo de elaboração, implementação e execução participativo, compartilhado por meio de afetiva atuação do Poder Público e da sociedade civil em todas as etapas, com ampla comunicação, divulgação e publicidade, tanto dos locais de deliberação quanto das propostas e decisões. Além disso, deve ser articulado e integrado ao processo de elaboração do orçamento do Município, tudo conforme a Resolução 25/2005, do Conselho das Cidades, do Ministério das Cidades.

No caso presente, a norma atende ao princípio natural do limite de utilidade (lockiano), de modo que os terrenos vazios ou subutilizados devem ser adequadamente ocupados desde que se localizem em áreas cuja urbanização e ocupação sejam prioritárias. Servem o parcelamento, a urbanização ou edificação compulsória como instrumentos para induzir a ocupação desses imóveis, ou sua alienação, impedindo que áreas vazias da cidade permaneçam ociosas ou como estoque especulativo de alguns. Por meio da edificação compulsória, pode-se estabelecer prazo para o parcelamento do solo ou de construção das áreas vazias ou subutilizadas. Para tanto, a municipalidade deverá valer-se do mecanismo da notificação da obrigação ao proprietário, pessoalmente ou por edital (§ 3.º do art. 5.º do EC), assegurando-lhe ampla defesa, que poderá ser exercida na esfera judicial por força do disposto no art. 5.º, LIV e LV, da Carta Magna.[35] Nesse quesito, lembra Fernando Dias Menezes Almeida,[36] a notificação deve mencionar as condições e os prazos para implementação da obrigação, bem como as sanções cabíveis no caso de descumprimento da obrigação. Acrescenta

35. Em procedimento administrativo, o proprietário poderá discutir até o mérito do ato administrativo, o que lhe será vedado na esfera judicial onde poderá somente argumentar a nulidade ou anulabilidade do ato declaratório da qualidade do imóvel urbano como subutilizado, não podendo questionar a própria conveniência ou oportunidade de tal declaração ou do plano diretor, muito menos da lei municipal específica para aquela área, bem como quanto índice ou padrão de ocupação (FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001. p. 88).
36. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Comentários aos arts. 4.º a 8.º. In: MEDAUAR, Odete (Org.). *Estatuto da Cidade*: comentários. São Paulo: RT, 2002. p. 54.

o autor que o administrador, pelo princípio da vinculação, deve promover notificação assim que constatar imóveis na situação de ociosidade descrita em lei, não sendo ato discricionário ou sob conveniência do administrador.

Ainda quanto à notificação, é de relevância a existência de lei municipal que regulamente o procedimento, bem como portaria de nomeação do funcionário público competente para tal tarefa, sob pena de nulidade do ato. Não havendo normas procedimentais, deverão ser observados os princípios gerais do direito, sendo cabível a notificação por Oficial de Registros Públicos de Títulos e Documentos. Entretanto, a exigência de que a notificação deva ser feita por funcionário público competente exclui a possibilidade de utilização do correio ou de qualquer outro meio de comunicação em direito admitido (fax, telegrama, correio eletrônico etc.). Tratando-se de pessoa jurídica, como proprietária, a notificação deve ser feita na pessoa do seu legítimo representante, sob pena de nulidade.

Importante destacar que, no ensinamento de Caramuru Afonso Francisco[37] a notificação tem repercussão na área do direito civil e, portanto, a teoria das nulidades não é a do direito público, mas sim a de direito privado, haja vista a garantia constitucional do cidadão ao limite de ação do Estado. Como refere, a notificação inválida não convalesce, mesmo que o proprietário por outro modo tenha ciência de seu teor. A notificação deve ser vista não como um ato administrativo, mas como um ato que:

a) tem por fim a supressão da autonomia da vontade no exercício do direito de propriedade, como um fato modificativo de um direito real; bem como;

b) constitui a obrigação de utilização do imóvel; e

c) a mora do proprietário, tanto que exige a sua averbação no álbum imobiliário da situação do imóvel.

Deste modo, efetivada a notificação válida, deverá ser procedida a sua averbação no Ofício de Registro de Imóveis.[38] A iniciativa desta averbação é do Executivo Municipal e, a partir de então, começa a correr prazo mínimo de um ano para que seja protocolado no órgão competente (Secretaria Municipal de Obras) o projeto de utilização do imóvel; seguindo-se o prazo mínimo de dois anos, contados a partir da aprovação do projeto, para iniciar o empreendimento (§ 4.°, I e II, art. 5.°, do EC), cuja execução poderá ser em etapas tratando-se de obra de grande porte (§ 5.° do art. 5.° do EC). A averbação da notificação torna *propter rem* tanto a obrigação de uso quanto o prazo, transmitindo-se em sua plenitude a eventual terceiro adquirente, mesmo de boa-fé, por força do disposto no art. 6.° do EC. Daí a importância da notificação válida devidamente averbada na forma da lei.

Em verdade, o Estatuto da Cidade propicia meios para a municipalidade induzir a ocupação ou alienação de áreas já dotadas de infra-estrutura e equipamentos e minimizar a pressão pela expansão urbana horizontal, na direção de áreas não servidas por infra-estrutura ou de fragilidade ambiental. Ademais, permite corrigir a distorção existente, eis que vazios na malha urbana são social-

37. FRANCISCO, Caramuru Afonso. Op. cit., p. 91.
38. Lei 6.015/73, art. 167, II, 18.

mente prejudiciais, tendo em vista os investimentos públicos que os cercam não estarem a serviço da população, mas tão-somente garantindo uma valorização particular. De igual forma, o Município pode alcançar melhor aproveitamento e oferta de terra para atender a demanda existente, evitando que pessoas sejam obrigadas a morar em periferias longínquas, em áreas desprovidas de infra-estrutura, em áreas de risco de enchentes e desabamentos ou prejuízos ambientais. Amplia, assim, as possibilidades de realização do direito à propriedade e à moradia digna. Atinge, o Estatuto da Cidade, o cerne da propriedade privada pela possibilidade da expropriação.

De outra banda, cabe referir que a problemática não se esgota com a edição do Estatuto e dos instrumentos jurídicos e de política fundiária em tela, que visam inibir a apropriação ampliada e ilimitada do solo urbano e, de certo modo, positivar o princípio do limite de utilidade, na medida em que, para sua implementação, dependem de lei municipal que irá ditar as regras, limites, parâmetros e índices de utilização, subutilização ou não uso da propriedade urbana. Essa lei municipal reguladora, subseqüente ao plano diretor, deverá ater-se a detalhamentos complexos que sirvam para esclarecer pontos obscuros e subjetivos ligados aos conceitos referidos e que venham a oportunizar a implementação do uso forçado, bem como afastar os riscos da intervenção judiciária em favor dos proprietários atingidos pelas medidas, o que fatalmente ocorrerá se não houver clareza nas disposições ou se houver ilegalidades. Neste sentido algumas observações são pertinentes como adiante se propõe.

5. REQUISITOS E OBSTÁCULOS À IMPLEMENTAÇÃO DA UTILIDADE FORÇADA

A leitura preliminar que se faz sobre o art. 5.º do EC, de pronto desperta a atenção para dois requisitos formais ou de embasamento jurídico, imprescindíveis para a implementação das medidas de uso compulsório do solo, que as colocam fora do alcance de grande parcela das cidades brasileiras. O primeiro diz respeito à necessária existência, no âmbito do Município que pretenda implementar tais instrumentos, de um plano diretor, cuja elaboração deverá obedecer os requisitos procedimentais do processo legislativo, bem como as diretrizes contidas nas normas pertinentes à matéria, especialmente as da Resolução 25/2005, do Conselho das Cidades, do Ministério da Cidade. Essas exigências, de imediato, afastam Municípios com menos do que 20 mil habitantes, onde não há necessidade legal de tal diploma.

O segundo, talvez de maior complexidade, refere-se à imprescindível elaboração de lei municipal, específica, que disciplinará a compulsoriedade e que estabelecerá não apenas os prazos de implementação das medidas, como também as condições em que deverá ser efetivada. É dizer que, entre outros parâmetros, deverá: estabelecer os locais ou zonas onde e como é cabível a aplicação das medidas, determinar os tipos ou espécies de imóveis suscetíveis destas, considerando-se, nestes casos, também como solo urbano o denominado "solo criado", oriundo das edificações verticais (edifícios de apartamentos), especificar os coeficientes mínimos de aproveitamento dos imóveis, no sentido de definir os

índices de utilização (construção) e os índices de ocupação (demográfico),[39] e, principalmente, esclarecer os conceitos de subutilização, má utilização ou não utilização dos imóveis. Nesse aspecto, a definição deverá ser compatível com estudos prévios, haja vista que em determinadas cidades o uso de terrenos como estacionamento de veículos pode ser considerado como subutilizado, assim como no caso de grandes terrenos com edificações pequenas ou, ainda, em edifícios com apartamentos vazios a espera de valorização.

Agregado a esses fatores, e como agravante da complexidade, deve-se considerar como obstáculo a já conhecida deficiência e deformação do processo legislativo municipal, suscetível às influências do poder econômico que visa manutenção do *status quo*, em que a especulação imobiliária é fator preponderante e faz com que se coloque sob dúvida o real alcance das medidas programadas. Não só decorrentes do processo legislativo encontram-se óbices à efetiva implementação das medidas compulsórias, como também, e especialmente, na esfera do Poder Executivo pode haver percalços. Nesse sentido, a máquina administrativa municipal deverá estar devidamente equipada e habilitada.

Para tal desiderato, haverá de contar com um sistema de cadastro dos imóveis urbanos que seja permanentemente atualizado, possibilitando o monitoramento dos imóveis vazios e sua ocupação, por meio de mapas, fotos aéreas (ou de satélite), planilhas etc. Além disso, será necessário contar com uma planta de valores adequadamente elaborada, que possibilite a aplicação do imposto e sua progressividade, em que sejam considerados todos os equipamentos urbanos e serviços públicos e privados disponíveis no local.[40] Importante acrescentar a necessidade de estudos técnicos que definam os critérios de utilização ou subutilização do solo urbano, para discussão no foro parlamentar quando da apresentação do projeto de lei específica e sua votação, bem como o estabelecimento de políticas públicas que priorizem a ocupação dos vazios e a utilização dos imóveis que eventualmente venham a ser incorporados ao patrimônio público em decorrência das desapropriações previstas no Estatuto. A discussão desses parâmetros deverá ser efetivada igualmente em foro popular democrático, como, por exemplo, em audiências públicas, política de promoção dos processos decisórios participativos e estimulação do capital social, como referem João Pedro Schmidt[41] e, Sarita Albagli e Maria Lucia Maciel.[42]

Por último, cuidado importante diz respeito à clareza de que a aplicação de sanções pela não utilização dos imóveis, especificamente pelo IPTU progressivo, não deve ter como objetivo precípuo o aumento quantitativo nas receitas muni-

39. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. cit., p. 48.
40. FLORES, Patrícia Teixeira Rezende de; SANTOS, Bernardete Schleder dos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p.49.
41. SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: *Direitos sociais & políticas públicas:* desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. t. 6, p. 1.777.
42. ALBAGLI, Sarita; MACIEL, Maria Lucia. Capital social e desenvolvimento local. In. CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena Maria Martins; MACIEL Maria Lucia. (Org.). *Pequena empresa* – Cooperação e desenvolvimento local. Rio de Janeiro: Relume, 2003. p. 432.

cipais, assim como o estabelecimento do zoneamento e localização dos imóveis suscetíveis das medidas coercitivas não deve servir para manipulação prejudicial a eventuais inimigos políticos, ou mesmo de favorecimentos pessoais, de modo a não retirar a legalidade e a legitimidade da proposta e sua conseqüente aceitação pela comunidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem sombra de dúvida os instrumentos jurídicos e políticos instituídos pela Constituição e pelo Estatuto da Cidade no intuito de promover uma reforma urbana por meio da compulsória utilização dos espaços urbanos particulares ociosos, mostram-se coerentes com a proposta de mudança de paradigmas, em detrimento de um direito de propriedade, individualista, acumulativo e especulativo, para tornar-se uma construção em favor do direito à propriedade com verdadeira função social e de promoção da cidadania.

Essa elaboração jurídica traz em si conceitos de justiça natural e de limitação à ilegítima apropriação ilimitada do solo urbano, o qual existe em quantidade limitada e é necessidade geral, na medida em que será defeso ao proprietário manter área reservada apenas para sua valorização e eventual especulação imobiliária, o que tem sido corriqueiro em todas as cidades brasileiras, independentemente de seu tamanho.

O aspecto em destaque dessa construção jurídica é que o direito de propriedade permanece íntegro, porém um de seus componentes, o uso ou utilidade, passa a ter conteúdo não mais definido pela vontade individual, mas sim pelo imperativo de política urbana fundiária, expressa no plano diretor e na lei municipal específica, fortes na participação da comunidade. Cabe aqui destacar a total autonomia que terão os municípios e seus habitantes para fazerem valer estas prerrogativas, atendendo cada qual às suas próprias peculiaridades no estabelecimento dos parâmetros e índices de utilização dos imóveis, o que imprimirá o pertencimento e adesão às decisões deles próprios emanadas. Complementa-se, assim, a leitura do § 2.º do art. 182 da Constituição cidadã, em relação à função social da propriedade, materializando-a, de modo que o solo urbano não cumpre sua função social se não utilizado, subutilizado ou não edificado.

Porém, para a concretização do que aqui foi dito, há muitos obstáculos; não se pode olvidar que desde a promulgação da Constituição até a do Estatuto da Cidade passaram-se 13 anos e talvez outros tantos sejam necessários para a efetiva implementação destas medidas compulsórias nas cidades. A necessidade de um plano diretor e de lei específica para viabilizar o uso destes instrumentos, se por um lado é louvável pela oportunidade da participação democrática popular, por outro é preocupante em face das carências cognitivas da população, do clientelismo, da vulnerabilidade dos governos locais às pressões de grupos, do despreparo dos agentes públicos e da burocracia em geral, da falsa representatividade dos vereadores que visam satisfazer seus interesses pessoais, por vezes ligados aos interesses de construtoras e imobiliárias, em vez da promoção dos interesses comunitários. Tudo isso contribui para a manutenção da situação de apropriação especulativa e acumulativa dos imóveis urbanos.

Ainda falta muito para atingir o propósito, mas o caminho está delineado, demonstrando que o direito positivado aproxima-se da realização do direito natural, pondo limites à apropriação ilimitada da terra, especialmente a urbana, cada vez mais escassa pelos limites territoriais da cidade e pela acumulação especulativa que ainda prevalece.

A propriedade aproxima-se do sentido de servir ao homem, como meio e não como fim, de tal sorte que atenda às exigências e limites estabelecidos pela comunidade para a melhoria da qualidade de vida e do bem-estar dos cidadãos. Diferentemente do objetivo egoísta existente, ou seja, o de obter a propriedade para satisfazer a finalidade de acumulação de bens, o sentido correto é de que o fim é o homem, seu bem-estar e felicidade (em Aristóteles), seu prazer e orgulho (em Hume), sua liberdade e igualdade (em Montesquieu e Rousseau), sua liberdade e conquista (em Hegel). Uma função em que a propriedade da terra serve ao homem como complemento de sua realização, mas que deve ser de apropriação limitada, de modo a permitir que outros também a obtenham como meio de vida e construção da cidadania.

7. Referências bibliográficas

ALBAGLI, Sarita; MACIEL, Maria Lucia. Capital social e desenvolvimento local. In. CASSIOLATO, José Eduardo; LASTRES, Helena Maria Martins; MACIEL Maria Lucia (Org.). *Pequena empresa* – Cooperação e desenvolvimento local. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes, Comentários aos arts. 4.º a 8.º. MEDAUAR, Odete (Org.). *Estatuto da Cidade:* comentários. São Paulo: RT, 2002.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; VIEIRA, João Telmo. Normas reguladoras da expansão urbana na ótica da complexidade ambiental: em busca da concretização de um ambiente ecologicamente equilibrado. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas:* desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. t. 7.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomacos*. Livro I. São Paulo: Abril, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Estatuto da Cidade:* guia para implementação pelos Municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

_____. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. *Estatuto da Cidade*. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/>. Acesso em: 22 nov. 2007.

_____. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Lei dos Registros Públicos*. In: Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. São Paulo: Forense, 1993.

FLORES, Patrícia Teixeira Rezende de; SANTOS, Bernardete Schleder dos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano:* regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, PL de desenvolvimento urbano. São Paulo: RT, 1983.

HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local:* uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

HUME, David. *Tratado da natureza humana.* Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JORGE FILHO, Edgar José. *Moral e história em John Locke.* São Paulo: Loyola, 1992.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LOCKE, John. *Two Treatise of Government.* Londres: Cambridge Univ. Press, 1970.

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história:* suas origens, transformações e perspectivas. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice:* o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira.* São Paulo: EUSP, 2005.

SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas:* desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. t. 6.

SILVEIRA, Rogério L. Lima. *Cidade, corporação e periferia urbana:* acumulação de capital e segregação espacial na (re)produção do espaço urbano. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão. *Capitalismo e urbanização.* São Paulo: Contexto, 2005.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania.* São Paulo: Record, 2001.

6

"Loteamentos fechados" nas grandes cidades: a produção da ilegalidade por atores revestidos de poder social, econômico e político

SONIA MARILDA PÉRES ALVES

Registradora e tabeliã do Cartório do 2.º Ofício de Resende-RJ. Pós-graduada em Direito de Economia e de Empresa pela FGV-RJ. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: Nas grandes cidades brasileiras, coexistem graves e distintas questões relativas ao parcelamento do solo, entre as quais, em um extremo, os loteamentos urbanos clandestinos e precários, destinados a segmentos populacionais de baixa renda e, em outro, os loteamentos urbanos bem-estruturados, aparentemente legais, murados e administrados privativamente, por meio de associação constituída para esse fim, exclusivos a extratos sociais de elevada renda familiar. O presente estudo toma como objeto de análise os designados "loteamentos fechados" – com seus lotes privados e áreas comuns públicas, que se diferenciam de uma configuração condominial, a qual tem por referencial a fração ideal de um todo privado – e os principais achados colocam em relevo a falta de amparo legal dos referidos loteamentos, além do abuso do poder econômico de empreendedores imobiliários e a omissão do Poder Público municipal, configurando uma existência discricionária no tecido urbano.

PALAVRAS-CHAVE: Parcelamento do solo urbano – Loteamento – Loteamento fechado – Ilegalidade – Omissão do Poder Público – Abuso do poder econômico.

ABSTRACT: In big Brazilian cities, serious and distinct issues related to the parceling of the soil coexist. At one end the clandestine and precarious urban lotting, destined to populational segments with low income, and at the other, well structured urban lotting, apparently legal, walled and administered privately by an institution built with this purpose, exclusive to social extracts with higher family income. This study, takes for object of analysis, the so called "closed lottings" – with their private lots and public common areas, that differentiate themselves from a condominial setting. It has for for reference, the ideal fraction of a private whole – and the main findings highlight the lack of legal support of the aforementioned lottings. Besides that, there's the abuse of economic power by real estate entrepreneurs, and the omission from the public power of municipality, revealing a discretionary existence in the urban setting.

KEYWORDS: Parcelamento of the ground urban – Land division – Closed land division – Illegality – Omission of the public power – Abuse of the economic power.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A cidade: um mosaico histórico, a passos largos – 3. Normas urbanistas e civis: loteamentos e condomínios – 4. "Loteamento fechado" em foco – 5. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O espaço urbano brasileiro multifacetado, cujos extremos oscilam entre desenvolvimento e exclusão, acesso e escassez, conhecimento e penúria, moradia digna e aglomerados populacionais desumanos, arrogância e corrupção presentes no Poder Público e em outras instituições sociais, esgarçamento de valores culturais, sociais e éticos, além de tantos outros contrastes e contradições, colocam à sociedade múltiplas exigências.

Entre o legal e o real, constroem-se as cidades.

O exame atento sobre a configuração da cidade permite deslocar o foco dos graves problemas dos loteamentos urbanos clandestinos, caóticos, depauperados e violentos das grandes cidades no Brasil, para centrá-lo nos bem-estruturados loteamentos urbanos, murados e administrados privativamente, por meio de associação constituída para esse fim, destinados aos extratos sociais de renda familiar elevada.

Consta-se então que a ilegalidade habitacional nas cidades brasileiras não é exclusiva aos segmentos populacionais de baixa renda, sendo os "loteamentos fechados" um exemplo paradigmático do abuso do poder econômico e da omissão do Poder Público.

Nesse sentido, ao atravessar o denso espaço urbano, uma questão, aparentemente de menor importância, assume relevo como objeto de estudo desse trabalho: os denominados "loteamentos fechados".

Para circunscrever o problema, em seus múltiplos imbricamentos, apresenta-se, de início, um panorama genérico sobre a constituição e a problemática das cidades, segue-se com os destaques atinentes às normas civis e urbanistas, para uma primeira aproximação do objeto em estudo. Na seqüência, o problema afigura-se com maiores detalhes e discussão analítica, assim como são oferecidos alguns casos que compõem a jurisprudência sobre a matéria. Por último, são tecidas as considerações finais.

2. A CIDADE: UM MOSAICO HISTÓRICO, A PASSOS LARGOS

A cidade, até fins da Idade Média, apresenta-se como intervalo da vida agrária. A cidade medieval, fortificada, cresce espontaneamente em consonância com a natureza geográfica, promove a coexistência intramuros entre as distintas classes sociais e estabelece a associação típica entre local de habitação e trabalho.

A partir da Idade Moderna, a cidade afigura-se como centro de poder, de comércio expressivo e de crescimento populacional, assim como estabelece vínculos crescentes com outras cidades, em escala planetária. Na medida em

que assume relevância econômica, social e cultural, expande-se a cidade, redefinindo-se a dinâmica e a estrutura do espaço urbano.

Segundo Raquel Rolnik (1998, p. 39-40), o surgimento da cidade como capital de um Estado moderno, entretanto, engendra a reorganização radical do urbano, em que se sobressaem: a mercantilização do espaço, ou seja, a terra urbana de caráter comunal torna-se mercadoria; a organização do espaço consoante a divisão da sociedade em classes; e a centralização do poder.

Para a autora (1998, p. 40-52) a terra mercantilizada configura uma nova geografia urbana, com zonas habitadas conforme hierarquia de classe social, e evidencia-se diferenciada atuação do Poder Público, com investimentos expressivos nas áreas economicamente fortes, em detrimento dos aglomerados ocupados pela classe trabalhadora.

Os reflexos dessa transformação repercutem nas cidades contemporâneas.

Em linhas gerais, o direito de propriedade, em regimes políticos liberais ou não, assume papel de relevo na vida da cidade. A ambos os regimes são remetidas críticas às práticas ideológicas e econômicas promotoras do sofrimento das populações em diferentes lugares históricos, sejam decorrentes da sobreposição de mecanismos de concorrência de mercado, sem a interferência do Estado, sejam fruto da contraposição do direito privado em prol do direito de propriedade absoluto do Estado. "Na atualidade, entretanto, a busca de equilíbrio entre o direito individual e o controle do Estado, e, portanto, entre os interesses privados e coletivos, afigura-se como tendência, menos ou mais avançada, nas sociedades contemporâneas" (SALLES, 2004, p. 351-352).

Em conformidade com Raquel Rolnick, cabe destacar a contraposição entre o espaço contido na moldura da legislação urbanística e outro, muito maior, situado numa zona intermediária entre o legal e o ilegal.

"Essa contraposição não é absoluta; a ordem jurídica formal ou estatal nunca está totalmente ausente, mesmo no mais ilícito dos espaços. No mínimo apresenta-se como referente e é freqüentemente mobilizada nas negociações que se estabelecem entre moradores/ocupantes desses espaços e as autoridades estatais, que são geralmente as encarregadas da aplicação das normas. Da mesma forma, no interior dos espaços construídos de acordo com as regulamentações urbanísticas, existe uma infinidade de transgressões, fruto muitas vezes da própria atratividade e valorização das regiões ultra-regulamentadas da cidade" (ROLNIK, 1997, p. 181).

No que se refere ao espaço urbano latino-americano, a bibliografia informa a existência de dois mundos antagônicos; um, amplamente infra-estruturado e assistido pelo Poder Público, correspondendo às localidades em que habitam os economicamente favorecidos; e, outro, caracterizado pela posse irregular e escassez de bens e serviços, estando reservado às classes populares.

Verifica-se, historicamente, que o padrão de urbanização engendra exclusão social e segregação espacial. A partir dos anos 80 – em oposição às práticas da década anterior de remoção dos moradores de áreas clandestinas de ocupação do solo – assumem relevância as políticas de regularização fundiária urbana. Ainda assim, as estimativas atuais indicam que um em cada quatro cidadãos latino-americano tem acesso irregular, por meio de processos informais, à terra

urbana e moradia. Constata-se a proliferação de assentamentos urbanos ilegais e inadequados sob os mais variados ângulos, qualidade de vida, preservação ambiental e planejamento urbano.

Segundo Fernandes (2005, p. 129), são múltiplos os processos de informalidade na produção da cidade latino-americana, variando de maior a menor visibilidade, a saber: ocupações informais de áreas públicas e privadas; compra de lotes e/ou casas em loteamentos clandestinos; adensamento de favelas e cortiços; crescimento de agrovilas, que se transformam velozmente em cidades; proliferação de mais de uma casa por lote; ocupação de áreas de risco; falta de infra-estrutura urbanística e ambiental; ausência de equipamentos e serviços públicos, precariedade das edificações.

No que se refere às transgressões da legislação atinente ao loteamento urbano, emergem, entre nós, imagens das favelas e periferias brasileiras, com seus graves problemas sócio-ambientais, da precariedade das moradias, da irregularidade da posse, da violência, da ausência ou insuficiência de equipamentos sócio-culturais, da carência de infra-estruturas e serviços urbanos, da segregação social.

Fernandes (2005, p. 129) apresenta dados oficiais sobre as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro que indicam ser entre 50 a 55% a informalidade quanto ao acesso ao solo e à moradia, sendo que para Recife e Salvador oscilam entre 70 a 80%.

Essa realidade dramática repete-se nas demais regiões metropolitanas, assim como vem assumindo proporções cada vez mais elevadas nas cidades de médio e pequeno porte, de modo a lançar preocupações quanto ao futuro dessas cidades.

Em termos precisos, Fernandes (2005, p. 129) destaca não ser o problema da produção imobiliária urbana um mero sintoma do modelo de desenvolvimento econômico, mas sim da maneira latino-americana de produzir o espaço urbano à margem da legislação civil e urbanística.

Entre as causa da informalidade dos loteamentos urbanos sobressaem os pontos que se seguem, conforme Fernandes (2005, p. 131-132):

a) inadequação das políticas habitacionais;

b) tradição elitista e tecnocrática do planejamento urbano, deixando de contemplar grandes contingentes populacionais, que acabam por buscar áreas de preservação ambiental ou de risco habitacional;

c) escassez de opção de moradia oferecida pelo Poder Público e pelos mercados formais;

d) precária capacidade de ação do poder municipal, incluindo a excessiva e lenta burocracia que leva os promotores imobiliários a optarem pelo loteamento irregular;

e) falta de fiscalização e repressão;

f) política clientelista, que estimula a produção informal da cidade;

g) insuficiência dos programas de regularização do título de propriedade, incapazes, por si só, de promover a integração sócio-espacial requerida, a susten-

tabilidade da intervenção, assim como contemplar as dimensões urbanística, ambiental social e jurídica;

h) ilegalidades praticadas não apenas pelos segmentos populares, mas também pelas camadas economicamente privilegiadas;

i) predomínio de uma ordem jurídica "conservadora, individualista, civilista e patrimonialista dos direitos individuais de propriedade".

Entre as conseqüências, Fernandes (2005, p.32), aponta diversos custos sociais e econômicos provocados pelo crescimento da informalidade urbana, entre os quais vale destacar a discriminação remetida às pessoas que habitam os desordenados adensamentos populacionais, assim como o fato de o caos urbano implicar altos custos econômicos, em razão da irracionalidade administrativa que perpassa o incontrolável e crescente quadro de exclusão social e segregação espacial. Ressalta, ainda, que estudos demonstram ser elevadíssimo o custo do metro quadrado da produção informal da cidade.

Destaque-se, para fins do presente estudo, que as violações legais praticadas não são exclusivas dos espaços urbanos destinados à população de baixa renda, uma vez que avultam-se os recém designados "loteamentos fechados", em áreas valorizadas economicamente, o que circunscreve um novo problema urbano.

3. Normas urbanistas e civis: loteamentos e condomínios

De início, imprescindível considerar que os processos de ocupação do solo no Brasil, seja sob a forma de loteamento seja sob o regime condominial, subordinam-se a duas espécies de normas jurídicas: as urbanistas e as civis, de competência Municipal e Federal, reciprocamente. As primeiras, por intermédio do plano diretor da municipalidade visam a assegurar as condições mínimas de habitabilidade e o correto desenvolvimento urbano; as segundas, as normas civis, são de competência exclusiva da União.

O Dec.-lei 58, de 10.12.1937, primeiro diploma legal brasileiro a disciplinar o loteamento, destinava-se a regular o acesso à propriedade dos lotes periféricos para as pessoas de baixa renda e o seu regulamentador Dec. 3.079, de 15.09.1938, obrigava os loteadores a apresentarem, na prefeitura local, o plano de loteamento, além de exigir o seu registro no Registro Imobiliário competente, com o depósito do memorial do loteamento e a prova vintenária da titularidade e ainda exigir a apresentação das certidões referentes a ações reais e pessoais, pelo prazo de 10 anos, e as de protesto, assim como especificava a matéria de impugnação do registro e as cláusulas indispensáveis à minuta do compromisso de compra e venda. Outras leis e decretos surgiram, mas se revelaram insuficientes diante das medidas modernizadoras da economia.

A legislação citada e ainda o Dec.-lei 271, de 28.02.1967, foram substituídos pela Lei 6.766, de 19.12.1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, sendo ela complementada pela legislação Estadual e Municipal, para adequar as peculiaridades regionais e locais à norma federal.

Para José Afonso da Silva:

"(...) cabe advertir que o processo de loteamento se subordina a dois tipos de normas jurídicas: as urbanísticas e civis. As primeiras são de competência

municipal e visam a assegurar aos loteamentos os equipamentos e as condições mínimas de habitabilidade e conforto, bem como harmonizá-los com o plano diretor do Município, para o correto desenvolvimento urbano; as normas civis são de competência exclusiva da União (CF, art. 22, I), que dela se utilizou, editando o Dec.-lei 58, de 10.12.1937, e seu regulamento, constante do Dec. 3.079, de 15.09.1938, e Dec.-lei 271, de 28.02.1967 – legislação, essa, substituída pela Lei 6.766, de 19.12.1979 –, visando a garantir a existência das áreas loteáveis e assegurar a regularidade das alienações dos lotes, para o que estabeleceu os instrumentos formais necessários ao loteamento e os registros convenientes à seriedade dessas transações imobiliárias, sem afetar, e até reforçando, os aspectos urbanísticos a cargo da legislação municipal – agora, sujeita à observância das normas gerais estabelecidas pela União, nos termos do art. 24, I, e § 1.º, da CF" (SILVA, 2006, p. 333-334).

De acordo com os preceitos estabelecidos pela Lei 6.766/79, exige-se para a aprovação dos loteamentos ou desmembramentos pelos órgãos competentes: a apresentação dos documentos elencados no art. 18 da referida Lei e o indispensável registro pelo Oficial Registrador do Cartório Imobiliário da situação do imóvel. Registrado o projeto do loteamento, com fundamento no art. 22 do citado diploma legal, as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos passam a integrar o domínio do Município.

"Art. 18. Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao Registro Imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação (...)."

"Art. 22. Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo."

O loteamento e o desmembramento, modalidades de parcelamento do solo, apresentam características diferentes. O loteamento é meio de urbanização e sempre decorrente de procedimento voluntário do proprietário da gleba, submetendo-se às formalidades municipais, apresenta o projeto para aprovação junto à municipalidade local, para a subseqüente inscrição no registro imobiliário competente. No que concerne ao desmembramento, o procedimento é bem mais simples, restringindo-se à repartição da gleba, sem atos de urbanização.

Nos loteamentos evidenciam-se as áreas privativas que correspondem ao terreno adquirido pelo loteador e as áreas de domínio público. Em outras palavras, o terreno original, ao ser loteado, perde sua individualidade objetiva, transformando-se em lotes identificáveis e com autonomia, reservando áreas de uso comum que passam a integrar o patrimônio público da municipalidade.

O parcelamento do solo, para fins urbanos, é regido pela Lei 6.766/79, conforme o destaque a seguir.

"Art. 2.º O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes:

§ 1.º Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2.º Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique a abertura de novas vias e logradouros públicos, nem prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes."

Foi, contudo, a promulgação da atual Constituição Federal, em 1988, o grande marco a dar suporte legal a uma nova e diversificada ordem jurídica no direito urbanístico.

A Constituição Federal de 1988, junto ao capítulo dos "Direitos e Garantias Individuais e Coletivas", chancelou o direito à propriedade privada (art. 5.º, XXII, c/com o art. 170, II), em posterior acolhimento pelo Código Civil brasileiro (Título III, Da propriedade, Capítulo I, Da propriedade em geral, Seção I, Disposições preliminares, arts. 1.228-1.268). Ao subordinar esse direito real de propriedade ao regramento do Código Civil brasileiro, explicitou sua paralela submissão ao direito público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais (art. 170, II, princípio da propriedade privada, e III, função social da propriedade – CF/88), definindo os múltiplos aspectos a serem enfrentados para o alcance da função social da cidade e do bem-estar dos seus habitantes.

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 182, a política de desenvolvimento urbano e, em seu art. 183, confere os benefícios sociais do domínio e concessão de uso, visando à melhoria e correções necessárias à produção da cidade, conforme destacado a seguir:

• o art. 182 fixa a competência do Poder Público municipal para a execução da política de desenvolvimento urbano, conforme as diretrizes gerais a serem fixadas em lei;

• determina a obrigatoriedade do plano diretor e sua aprovação pela Câmara Municipal, para cidades com mais de vinte mil habitantes;

• estabelece o cumprimento da função social da propriedade urbana, ou seja, o atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade;

• institui a desapropriação de imóveis, mediante prévia e justa indenização em dinheiro;

• faculta ao Poder Público municipal, em conformidade com a lei federal, exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, de modo a não sofrer penalidades sucessivas (parcelamento ou edificação compulsórios e/ou imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, ou desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais – essa última hipótese funda-se no art. 5.º, XXII, da CF);

• o art. 183 assegura a aquisição do domínio a quem possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, para sua moradia ou de sua família, por cinco anos ininterruptos, e sem oposição, desde que não

seja proprietário de outro imóvel, urbano ou rural e, ainda, estabelece que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, mas sobre eles poderá ser instituída a concessão de uso, tanto ao homem ou a mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Assim, emerge com clareza que os caracteres tradicionais da propriedade, vistos até então como absolutos, exclusivos e perpétuos, curvaram-se a outros princípios da ordem econômica constitucional. Nessa convergência, relativiza-se a propriedade privada e inscreve-se o princípio de sua função social em todos os cânones legislativos infraconstitucionais.

A partir desta nova perspectiva, a construção dos instrumentos jurídicos convergentes ao processo qualitativo da urbanização, alinhamento e realinhamento do mercado imobiliário passa a aguardar a necessária renovação dos textos legislativos e o ordenamento jurídico contemporâneo fincou novo arcabouço conceitual buscando ultrapassar os conceitos do individualismo liberal e conferindo centralidade aos direitos coletivos.

Embora os conflitos de interesse urbanístico tivessem, a partir da Constituição Federal de 1988, novos instrumentos de ajuste jurídico, não têm sido estes suficientes para solucionar o problema dos "loteamentos fechados", em face do silêncio legislativo e a contrapartida do abuso econômico dos empresários do mercado imobiliário.

É certo que a Constituição de 1988 imprime uma nova concepção não só ao direito de propriedade como à ordem jurídico-urbanista, e que tal comando constitucional impulsiona maior reflexão sobre a legislação infraconstitucional vigente, já inadequada à realidade das cidades, e em especial sobre a Lei 6.766, de 19.12.1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano. A seu tempo, esta lei depositou ênfase no sentido de ordenação, equilíbrio, padrão e organização dos loteamentos ou desmembramentos urbanos (art. 2.º, §§ 1.º e 2.º), harmonizando seu regramento com as legislações estaduais e municipais, com vistas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Em propositado contraste com o modelo de intervenção pública mobilizada pelo poder político setorial, a referida lei, com os acréscimos legislativos ocorridos em seu curso, submeteu os loteadores à apresentação de todos os documentos listados nos arts. 12 a 22, de forma precisa e exaustiva, indispensáveis ao registro dos loteamentos e parcelamentos, objetivando mesclar justiça, segurança, racionalidade política e a implementação do desenvolvimento sustentável. Desobedecer os regramentos dessa Lei passou a constituir crime contra a Administração Pública, conforme o art. 50, prevendo a forma qualificada nas hipóteses dos incisos I e II do seu parágrafo único.

"Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública:

I – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

II – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;

III – fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

Parágrafo único. O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido:

I – por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente;

II – com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ressalvado o disposto no art. 18, §§ 4.º e 5.º desta Lei, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave."

Já o artigo seguinte da referida Lei, inclui terceiros concorrentes à prática dos crimes anteriormente referido, conforme a seguir:

"Art. 51. Quem, de qualquer modo, concorra para a prática dos crimes previstos no artigo anterior desta Lei incide nas penas a estes cominadas, considerados em especial os atos praticados na qualidade de mandatário do loteador, diretor ou gerente de sociedade".

Ainda que a Lei 6.766/79 consubstancie o presente estudo, cabe assinalar a coexistência harmoniosa da Lei 10.257, de 10.07.2001 – Estatuto da Cidade – fixando as diretrizes gerais da política urbana a ser executada pelo Poder Público municipal e estabelecendo as normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana, com vista ao bem coletivo, a segurança, ao equilíbrio ambiental e ao bem-estar dos cidadãos.

Entre suas diretrizes, seguem-se os destaques pertinentes ao tema em questão:

a) garantia do direito a cidades sustentáveis, ou seja, com direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho, ao lazer;

b) gestão democrática, com a participação da população e de associações representativas na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

c) cooperação entre os governos, a iniciativa privada e demais setores da sociedade no processo de urbanização, para atendimento ao interesse social;

d) planejamento do desenvolvimento das cidades, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos ao meio ambiente;

e) oferta de equipamentos urbanos e comunitários e serviços públicos;

f) ordenação e controle do uso do solo;

g) regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por populações de baixa renda;

h) simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo;

i) isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização.

Por todo o exposto, há de se colocar em relevo com as mesmas razões do Prof. Edésio Fernandes:

"A falta de cumprimento da legislação leva ao descrédito das instituições jurídicas, à cultura da impunibilidade, ao reforço das práticas clientelistas, ao avanço da justiça informal e ao fomento das formas de corrupção.

Nesse sentido, é necessário compreender o papel dos Municípios e principalmente dos Planos Diretores na regulamentação e execução da política de desenvolvimento urbano e no ordenamento das funções sociais da cidade e da propriedade" (FERNANDES, Edésio. Em defesa do Projeto do Lei. *Boletim Eletrônico Irib*, n. 2.347, de 21.03.2006).

Entre a legislação e a prática, a realidade afigura-se complexa e contraditória. Nesse sentido, a centralidade dialógica, por um lado, da legislação, e, por outro, das suas formas materialização, na configuração do espaço urbano, é expressa por Raquel Rolnik, nos termos que se seguem:

"Mais além do que definir formas de apropriação do espaço permitidas ou proibidas, mais do que efetivamente regular a produção da cidade, a legislação urbana age como marco delimitador de fronteiras de poder. A lei organiza, classifica e coleciona os territórios urbanos, conferindo significados e gerando noções de civilidade e cidadania diretamente correspondentes ao modo de vida e à micropolítica familiar dos grupos que estiverem mais envolvidos em sua formulação. Funciona, portanto como referente cultural fortíssimo na cidade, mesmo quando não é capaz de determinar sua forma final. Aí reside, talvez, um dos aspectos mais interessantes da lei: aparentemente funciona como uma espécie de molde da cidade ideal ou desejável. Entretanto, (...) ela determina apenas a menor parte do espaço construído, uma vez que o produto – cidade – não é fruto da aplicação inerte do próprio modelo contido na lei, mas da relação que se estabelece com as formas concretas de produção imobiliária na cidade" (ROLNIK, 1997, p.13).

4. "LOTEAMENTO FECHADO" EM FOCO

O presente artigo, conforme indicado na introdução, em que pesem os graves problemas dos loteamentos urbanos clandestinos, caóticos, depauperados e violentos das grandes cidades no Brasil, propõe-se a estudar os bem-estruturados loteamentos urbanos, murados e administrados privativamente, por meio de associação constituída para esse fim, destinados aos extratos sociais de renda familiar elevada.

O estudo analisa os denominados, na linguagem coloquial, "loteamentos fechados". Trata-se de uma modalidade que se apresenta no mercado imobiliário, com aparente legitimidade, mas que se desenvolve sem amparo legal. No caso destes "loteamentos fechados" cria-se um núcleo populacional de caráter urbano e em seguida abandonam-se as regras jurídicas específicas para loteamento, estabelecendo-se uma associação com pretensos direitos a administrar as

áreas de domínio público, como vias e praças, à luz da instituição paralela de um suposto condomínio. Não há legislação que ampare o seu fechamento.

Na realidade contemporânea brasileira, avultam-se os "loteamentos fechados", encobertos por aparente legalidade, pois aprovados, registrados e executados sob o comando da Lei 6.766/79, que não prevê fechamento. Tais loteamentos adotam, após a conclusão das obras, inadequadamente, a roupagem dos condomínios urbanos, e fecham a área em questão ignorando a existência de áreas públicas de uso comum e desconsiderando que o regime jurídico do condomínio urbano subordina-se às normas de direito privado, conforme o citado art. 8.º da Lei 4.591/64, transcrito como se segue:

"Art. 8.º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte: a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do terreno e de partes comuns, que corresponderá às unidades;

(...);

c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;

d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si."

No vácuo legislativo da Lei 6.766/79, verifica-se na prática que o próprio loteador e/ou os adquirentes de lotes passam a murar toda a extensão do loteamento e a administrar as áreas de domínio público como se fossem bens de natureza privada em afronta à Lei 6.766/79 adotando, conforme anteriormente explicitado, o regramento do art. 8.º da Lei 4.591/64, específico para relações condominiais caracterizadas por fração ideal. Consolida-se, com tal moldura, um flagrante estelionato jurídico.

Na verdade, este dispositivo tem sido largamente usado para mascarar os "loteamentos fechados". Em conformidade com José Afonso da Silva, tais loteamentos não existem juridicamente:

"Não há legislação que os ampare, constituem uma distorção e uma deformação de duas instituições jurídicas: do aproveitamento condominial de espaço e do loteamento ou desmembramento. É mais uma técnica de especulação imobiliária, sem as limitações, as obrigações e os ônus que o direito urbanístico impõe aos arruadores e loteadores do solo" (SILVA, 2006, p. 353).

Em prosseguimento, o autor oferece o extrato a seguir:

"Na modalidade de aproveitamento condominial de espaço prevista no art. 8.º da Lei 4.591/1964 temos uma situação complexa, configurada pela existência de unidades autônomas (casas térreas ou assobradadas ou edifícios, ou ambos), uma parte de terreno edificada, uma parte de terreno reservada como de utilização exclusiva para jardins ou quintal, uma fração ideal sobre a qual se

constitui o condomínio (edifício com unidades autônomas: apartamentos) e, ainda, as áreas que constituem passagens comuns para as vias públicas ou para as partes utilizadas entre si, ou os caminhos de acesso à praia, a pontes, a lugar aprazível.

Essa forma de condomínio, a de propriedade horizontal, é administrada, nos termos da convenção de condomínio (Lei 4.591/1964, art. 9.º e seguintes), por um síndico, eleito pelos condôminos, o qual será auxiliado por um conselho consultivo, também eleito, em uma Assembléia-Geral (...). Não se prevê na referida lei relação com a Administração Municipal. Apenas se estabelece a necessidade de aprovação do projeto de edificação (art. 32, *d*, e § 10) – o que prova ser impossível a pretendida urbanização em forma de "loteamento fechado" com base na referida lei" (SILVA, 2006, p. 353).

No que concerne ao loteamento, cabe destacar a necessidade da prévia aprovação do seu projeto na municipalidade e sua subseqüente inscrição no Registro Imobiliário da circunscrição do mesmo, o que não afasta a posterior ilegalidade de seu fechamento e da criação compulsória de associações, via de regra imposta pelo incorporador mediante a inserção compulsória, nas respectivas escrituras de promessa e/ou vendas definitivas, de instrumento de mandato com o fim de constituir tal associação e eleger um presidente para administrar o respectivo "loteamento fechado".

Cumpre destacar que as leis existentes que tratam do parcelamento do solo urbano não contemplam, até então, regramento específico para empreendimentos com essas características. Na prática, a ocorrência freqüente do fechamento de loteamentos à revelia das autoridades, decorre:

a) da inércia da municipalidade em convergência com o interesse particular dos adquirentes dos lotes em busca de bem-estar, segurança e privacidade de seu grupo familiar;

b) da incontida ganância do loteador que já insere na propaganda do empreendimento e no preço de venda o referido fechamento, arborização, parques, clubes, quadras de tênis etc., acessórios atrativos para mobilizar os compradores;

c) da opção em assumir os serviços de coleta de lixo, iluminação, tratamento de água, pavimentação, serviços de vigilância, segurança, rede telefônica de comunicação interna, aquisição de carros e motos para permanente fiscalização dentro do loteamento, manutenção de áreas verdes, parques, vias e espaços livres;

d) do pânico urbano com a marginalidade difusa e bem armada em face da total precariedade das corporações policiais, suscitando a necessidade de os moradores promoverem os serviços de vigilância e segurança.

Destaque-se, entretanto, que por meio de autorização, permissão ou concessão, por ato administrativo, o Município pode permitir a exclusividade de utilização dos bens de seu domínio aos proprietários dos lotes do "loteamento fechado". O Município, portanto, dispõe dos instrumentos necessários para a outorga do uso privativo das vias, das praças e dos espaços livres, dentro do loteamento, aos adquirentes dos lotes. Pode, ainda, o Município, à sua discricionariedade, desafetar os bens de seu domínio, assim como editar normas ou

autorizações concretas para o ingresso exclusivo dos moradores e das pessoas por eles autorizadas.

Essas regras administrativas são muito polêmicas e questionadas em face de princípios constitucionais que servem de base à estruturação do Estado. Ressalta-se que a função ordenadora e imediata desses referendados princípios fundamentais são capazes de realizar, em plena harmonia, as relações político-constitucionais e dar coerência e integração ao sistema social democrático.

"A verdade é que os princípios, institutos e o regime jurídico proposto pelo direito administrativo não são suficientes para expressar a natureza dessas novas relações político-institucionais, não se prestando para responder às suas necessidades de regulamentação e para dar segurança jurídica às novas formas de gestão" (FERNANDES, 2006, p. 2).

Em convergência são os olhares dos constitucionalistas Jorge Miranda e José Joaquim Gomes Canotilho, os quais manifestam em suas obras, em equânime reciprocidade, a inafastável certeza de que as normas constitucionais constituem, sempre, a matriz e a síntese de todas as opções político-administrativas. A noção de "Estado" encontra sua base no direito administrativo que se tornou obsoleta e as relações entre o Poder Público e o privado ainda não se desenvolveram o suficiente para dar soluções rápidas e eficazes aos problemas jurídico-políticos, o que permite distorções consensuais e práticas precárias perpetuando a instabilidade e injustiças no cenário político-brasileiro.

De forma oposta, Pires (2006) evoca o princípio da razoabilidade como instrumento de análise de casos concretos, para se proceder à decisão sobre o fechamento ou não de loteamentos. Para ele, o princípio da segurança pública pode colidir com o princípio da liberdade de locomoção, em casos de legitimidade em se restringir o acesso aos loteamentos, prevalecendo, a seu julgamento, o direito à segurança pessoal. Para embasar sua posição, o autor coloca em evidência os argumentos que se seguem:

"(...) o Prof. Luís Roberto Barroso trata sobre duas correntes distintas das quais evolui o princípio da razoabilidade. Para uma, com esteio na doutrina desenvolvida nos Estados Unidos, esse princípio seria um desdobramento do devido processo legal. Com duas facetas, o devido processo legal ora se apresenta no caráter estritamente processual – tal como comumente se discorre na doutrina processual – ora possui um cunho substantivo, aí sim, sob o título de princípio da razoabilidade.

Para outra, com origem na doutrina alemã, tratar-se-ia de um '(...) princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito. Demais, não constitui tal princípio um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral de direito'.

Mas tanto como princípio expresso – porque seria uma vertente do devido processo legal (doutrina norte-americana) – quanto como implícito – pois permearia todo ordenamento jurídico de um sistema democrático (doutrina alemã) –, o certo é que a doutrina brasileira converge, em relação aos elementos cardeais desse princípio, para o conhecimento produzido na Alemanha.

E de acordo com a ciência germânica, por sua vez, são três os requisitos do princípio da razoabilidade:

a) adequação,

b) necessidade ou exigibilidade e

c) proporcionalidade em sentido estrito" (PIRES, 2006, p. 110-111).

Levando-se em consideração que o princípio da razoabilidade prevalece no caso de proteção à vida (segurança) em detrimento do princípio de ir e vir ou mesmo da isonomia, tratamento igualitário entre cidadãos no acesso ao loteamento, cumpre destacar que aparato legal adequado contribui de forma decisiva para o melhor enquadramento da questão.

Ainda que hiatos e imperfeições sejam identificáveis, sublinhem-se os avanços legislativos, constitucionais e infra, mesmo não sendo eles suficientes para os lineamentos básicos da política urbana e das questões político-sociais. A par do descompasso temporal entre as transformações sócio-políticas e a legislação que as engendra, não podemos prescindir do direito positivo.

No âmbito do debate, a sociedade organizada, com contribuição dos poderes constituídos, busca por intermédio do Projeto de Lei 20/2007, do Deputado Fernando Chucre (PSDB/SP) que apresenta regras para a regularização dos loteamentos irregulares. O projeto incorporou-se ao substitutivo do Deputado Barbosa Neto (PDT-PR) – Projeto de Lei 3.057/2000 e vários outros apensados sobre o mesmo tema do parcelamento urbano, que será chancelado sob a rubrica de Lei de Responsabilidade Territorial – que revê a Lei 6.766/79, alternativas para a política urbana e, em especial, para os irregulares "loteamentos fechados", ou seja, concede tratamento especial ao condomínio urbanístico como modalidade do parcelamento urbano.

O Projeto tenta articular os aspectos urbanísticos e sociais do processo de urbanização, mediante expedição da licença única integrada pelo Município – que tenha plano diretor, órgãos colegiados de controle social e órgãos executivos específicos em política urbana e ambiental.

Nesse enfoque o papel dos Municípios, em especial, dos Planos Diretores assume relevo na execução da política de desenvolvimento urbano e no ordenamento das cidades e da função social da propriedade, pois o projeto autoriza os municípios e o Distrito Federal a formular política para incluir no plano diretor regularização fundiária sustentável a fim de regularizar loteamentos e ocupações ilegais. No Projeto em referência há previsão de novas figuras de parcelamentos fechados por definição – "condomínios urbanísticos" – (art. 12), na intenção de possibilitar a regulamentação desse fenômeno. O Laboratório de Habitação e Assentamento, da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, da Universidade de São Paulo, entende que tais "condomínios urbanísticos" descaracterizam a harmonia das cidades já tão agredidas pela criação de verdadeiros bairros murados como na época medieval. Assim, essa modalidade acelera a segregação social, mutila a estética visual, agride a paisagem e embrutece o cenário urbano.

À luz do referido Projeto, os "loteamentos fechados" já existentes e a limitação ao acesso dos bens públicos em foco serão anistiados. Há contraposição, entretanto, uma vez que os parcelamentos do solo são empreendimentos abertos

por sua própria natureza, pois nascem com a finalidade de integrar o tecido urbano. Assinale-se que Jacomino (2006), destaca as grandes e benéficas inovações trazidas com o Projeto de Lei 3.057/2000, hoje Projeto de Lei 20/2007, revogando leis desatualizadas e alargando a obrigatoriedade do registro, para possibilitar a transparência a todas as transações que tenham por objeto bens imóveis, assim como para evitar a conflituosidade e conceder a segurança jurídica preventiva.

Como ilustrado, coloca-se o debate em torno da questão, no cenário nacional. Múltiplos são os atores, as motivações e os interesses envolvidos.

Assim como a participação social em sua relação com o setor público assume importância crescente na formulação e consecução das políticas voltadas para os segmentos empobrecidos da população, não se pode negar os mesmos direitos, estratégias e instrumentos aos segmentos favorecidos econômica e socialmente, vitimizados por problemas como falta de segurança urbana e precariedade dos serviços públicos. Direitos não são benesses, mas conquistas. Estas, entretanto, devem ser submetidas à visibilidade do debate e aos mecanismos democráticos de concepção e controle.

A Constituição Federal de 1988 coloca em cena formas de participação direta no processo político, democracia direta, em combinação à forma tradicional de representação política, democracia representativa. Oferece os fundamentos para a configuração da esfera pública não reduzida à estatal. A concretização desses novos princípios guarda estreita relação com o sucesso da gestão urbano ambiental. Essa nova perspectiva implica novas e complexas relações entre direito, política e urbanização.

Em consonância com Edésio Fernandes, o extrato que se segue assume relevância para o tema em debate:

"Não podemos mais continuar fazendo o discurso dos valores: temos de construir um discurso dos direitos que dê suporte às novas estratégias político-institucionais de gestão democrática e inclusão social, que diversos municípios têm tentado formular e implementar (...).

Não é mais possível interpretar as graves questões urbanas e ambientais exclusivamente com a ótica individualista do direito civil; da mesma forma, não é mais possível buscar tão-somente no direito administrativo tradicional (que com freqüência reduz a ordem pública à estatal) os fundamentos para as novas estratégias de gestão municipal e de parcerias entre os setores estatal, comunitário, voluntário e privado" (FERNANDES, 2006, [s. p.]).

Em que pesem imprecisões ou omissões na legislação urbanística, sejam conceituais ou técnicas, colocam-se em evidência a necessidade de construção de um discurso jurídico sólido, em consonância com os novos princípios constitucionais e legais, no que se refere aos novos direitos sociais, visando à reforma urbana e suas adequadas estratégias políticas e de gestão urbana.

Fernandes (2006) prossegue e enfatiza a centralidade do papel dos juristas, assim como dos registradores, no que concerne ao papel a desempenharem na construção das bases sociais e coletivas do direito urbanístico, em especial na formação de doutrina e jurisprudência.

Ressalta, ainda, que:

"(...) identificar problemas jurídicos formais e acusar de inconstitucionalidade é uma tarefa fácil (...).'Suscitar dúvidas' é simples. Difícil – porém urgente – é construir novos argumentos jurídicos que sejam sólidos e consistentes não só da perspectiva da legitimidade político-social, mas também da perspectiva da legalidade". (FERNANDES, 2006, [s. p.])

Em face do exposto e a título de ilustrar a jurisprudência sobre "loteamento fechado", o item a seguir oferece exemplos provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

5. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em expressiva jurisprudência, entende que o mero registro de uma convenção e/ou assembléia de associação, seja ordinária ou extraordinária, criada para o fim de administrar o "loteamento fechado" possui caráter de reunião civil e não altera a natureza jurídica do loteamento (Lei 6.766/79).

O referido Tribunal ressalta que as despesas de condomínio constituem responsabilidade *propter rem* do proprietário, seqüela, portanto, que acompanha o bem, seja ele de quem for. Outra é, contudo, a moldura jurídica no caso dos loteamentos, isso porque é ele juridicamente formatado segundo preceitos da Lei 6.766/79, que estatui a existência de áreas privativas (lotes) e de áreas de domínio público.

Para o fechamento de qualquer loteamento, não há legislação específica que oriente sua formação e atuação. A lei existente (6.766/79) que trata do parcelamento do solo urbano não tem previsão para empreendimentos com essas características.

É de se acrescer que a Constituição Federal em seu inciso II, art. 5.°, estatui o princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, consolidado, assim, o princípio da legalidade, pelo qual só por espécies normativas (CF, art. 59), devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para os indivíduos. Na mesma esteira, alinha-se o inciso XX do mesmo artigo da Carta da República, ao estatuir que ninguém pode ser compelido a associar-se ou a permanecer associado ao que quer que seja. Vale dizer, a associação será sempre um ato voluntário.

Nesse descompasso fático-jurídico, doutrina e jurisprudência se degladiam buscando uma solução para o "loteamento fechado", a criação de associação para administrá-lo, endossando a máxima de que os fatos se antepõem às ortodoxias jurídicas.

Nesse sentido, seguem-se acórdãos do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"Associação de moradores. Prestação de serviços. Cobrança. Obrigação *propter rem*. Não caracterização.

Associação de moradores. Cobrança de contribuição por serviços prestados. Inexistência de co-propriedade de área comum. Não caracterização de obrigação *propter rem*. A Constituição Federal dispõe sobre o princípio da legalidade, bem

como previne a liberdade de associação, não estando a parte compelida a se filiar à associação de forma compulsória, segundo tais princípios. Não existindo formação de condomínio, juridicamente falando, à luz do que dispõe a Lei 4.591/64, não há que se falar em obrigatoriedade de pagamento de cotas de contribuição por serviços prestados, como se fosse esta obrigação *propter rem*, por inexistir a co-propriedade de partes comuns, existindo tão-somente loteamento, cuja obrigação realizada por associação de bairros se define na ordem contratual, devendo ser comprovada a efetiva prestação de serviços. Recurso improvido" (TJRJ, 6.ª Câm. Cív., AC 2003.001.12384, rel. Des. Luiz Zveiter, j. 29.07.2003).

E, na mesma esteira:

"Ação de cobrança. Associação de moradores. Obrigatoriedade. Violação de garantia constitucional. Improcedência do pedido.

Associação de moradores. Alegação de serem prestados efetivamente serviços e aceitos pelo morador, que voluntariamente os utiliza. Associação de proprietários de loteamento em bairro urbano, não tendo sido formada com a instituição do loteamento, constando sua obrigatoriedade nas escrituras de aquisição dos imóveis, nenhum proprietário de lote está a ela obrigado a associar-se ou permanecer associado, porque ninguém pode ser a isso compelido, nem a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão por imposição legal expressa. CF, art. 5.º, II e XX. A obrigatoriedade do pagamento de cotas condominiais está reservada aos condomínios legalmente constituídos. Associação de moradores, que não têm tal caráter, não pode tornar compulsória a cobrança da contribuição. Quanto aos serviços prestados e realmente utilizados pelo morador, são devidos, sendo, contudo, matéria de prova, cabendo à Associação demonstrar seu direito em ação de cobrança específica desses serviços" (TJRJ, 15.ª Câm. Cív., AC 2003.001.21622, rel. Des. Sérgio Lúcio Cruz, j. 24.09.2003).

Na mesma direção, em momento mais recente e de forma mais incisiva ainda:

"Associação de moradores. Prestação de serviços. Rateio de despesas. Liberdade de associação. Garantia constitucional. Ação de cobrança de contribuições associativas. Sentença que julgou improcedente o pedido da associação. A alegação de que há serviços prestados beneficiando o morador não tem a força de afastar o princípio constitucional que garante não ser ninguém obrigado a associar-se ou a permanecer associado. Sendo cobrado do morador, rateio de despesas geradas pela associação, na prática se impõe esta ao morador, sendo sofisma afirmar que não é ele forçado a se associar, mas tem de dividir despesas que o beneficiem. O pretenso benefício, resultante de serviços prestados aos demais, mesmo com tal entendimento não concordando. Benefício imposto é ato do Estado, não tendo, porém, os particulares, respaldo legal para impor a terceiros a aceitação de serviços com os quais estes não concordem. Benefício que é duvidoso, pois o rateio de despesas também significa, na prática, a oneração dos custos do imóvel, que pode torná-lo mais difícil para a venda ou mesmo para o aluguel. A atitude forçada, que alguns moradores pretendem impor a outros, é além do mais ofensiva do direito de propriedade, pois faz com que o proprietário tenha de aceitar forma de administração de seu imóvel com a

qual não concorda. Não há relação jurídica, entre os moradores de uma rua, que os obrigue a contribuir para despesas de segurança e de outro tipo, em definindo alguns deles a constituição de uma associação de moradores. Liberdade de associação garantida pela Constituição Federal, de modo que inexiste vinculação e dever de contribuir, bem como não procede a alegação de enriquecimento sem causa, uma vez que os particulares não podem se reunir em associações para nelas incluírem quem bem entenderem como seus membros, e deles cobrarem contribuições, como se Estado fossem. A tese do enriquecimento ilícito é, na realidade, forma de afastar aquela garantia constitucional e de forçar quem não pretende associar-se a ter tais ônus. Sentença que se confirma" (TJRJ, 1.ª Câm. Civ., AC 2005.001.17145, rel. Des. Maria Augusta Vaz, j. 09.08.2005).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O "loteamento fechado" é uma modalidade que se afigura na realidade brasileira, mas que não dispõe de amparo legal.

A pretensa modalidade, "loteamento fechado", tenta se ancorar em duas legislações antagônicas, sem qualquer hipótese de complementaridade:

– na Lei 6.766/79, que não prevê fechamento privativo de uma área loteada, mas é evocada como suporte para aprovação e registro do projeto de loteamento;

– na Lei 4.591/64 (art. 8.º), especifica para condomínios, caracterizados por frações ideais de um todo privado, e totalmente distinta da lei do loteamento, mas conclamada para o intuito de se criar uma associação de moradores, e para que a figura do presidente da referida associação torne-se equivalente à do síndico, a passos largos da lei e, portanto, de forma arbitrária e ilegal.

Convém reiterar que do ponto de vista legal, distingue-se o loteamento do condomínio. No caso da legislação do loteamento, inexiste o qualitativo "fechado" e encontra-se especificado que vias, praças, espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do memorial descritivo, pertencem ao patrimônio público, desde a data do registro do loteamento, no cartório da circunscrição do imóvel. No caso do condomínio, **sua regulação ocorre por legislação própria, em que a totalidade do terreno** urbanizado, sejam as frações ideais individuais e as de uso comum (ruas, equipamentos e áreas de lazer), representam um todo condominial, de propriedade privada.

Do presente estudo sobressai a coexistência de alguns fatores na configuração dos "loteamentos fechados": carência de dispositivo legal que ampare seu fechamento; falta de publicização de acordos estabelecidos entre a municipalidade e loteadores; defasagem entre os conceitos constitucionais e as concepções presentes no Judiciário; insuficiência na atuação do Poder Público para a garantia de direito à segurança.

Ao se reconhecer finalidade coletiva para o fechamento de uma área loteada, sobrepõe-se o princípio da segurança de vida (em face da criminalidade aterrorizadora das grandes cidades) ao princípio da liberdade de locomoção e ao princípio da isonomia. Em que pese a relevância das questões relacionadas à

segurança, o que se materializa na prática é a ilegalidade de quem vende o que se diz ser, mas não é (já que a legislação não prevê fechamento de área loteada, nem administração equivalente à do condomínio urbano), assim como de quem, no exercício público, permite o fechamento sem proceder ao enquadramento legal do empreendimento (pelo menos, por meio de instrumentos administrativos de autorização, permissão ou concessão).

Atente-se que, na realidade, o fechamento de tais áreas loteadas ocorre, via de regra, desde a concepção do projeto imobiliário, em que o loteador/incorporador obtém o consentimento implícito do Poder Público municipal, lançando o empreendimento com a embalagem de um condomínio, ainda que se trate, tão-somente, de um loteamento.

Destaque-se, ainda, conforme indicado no corpo desse estudo, que a legislação urbanística brasileira expressa, por um lado, passos importantes para responder a diferentes problemas relacionados à política urbana, mas, por outro, apresenta vácuos consideráveis.

No âmbito das mudanças da ordem jurídica, a noção de direitos coletivos e as formas de organização social e de participação política direta implicam a revisão das noções de individualismo do liberalismo jurídico clássico, pautadas na suposição da igualdade entre indivíduo e da neutralidade do Estado. Essa nova perspectiva implica novas e complexas relações entre direito, política e urbanização.

Nesse sentido, verifica-se, na última década, a emergência de novas estratégias e formas de parceria entre Estado e comunidade, incluindo o setor privado, delineando-se novos padrões de gestão urbana, tornando obsoletas a divisão entre direito público e privado.

A gestão local da administração municipal envolve processos de negociações urbanas e parcerias entre os diversos segmentos, público, privado, comunitário e voluntário, sendo consideradas forma indispensável para o enfrentamento dos crescentes problemas urbanos e ambientais. Evidencia-se, contudo, que as parcerias ainda não se inscrevem claramente no plano jurídico e político nem se processam de forma transparente.

Como observado no curso deste trabalho, os princípios, institutos e o regime jurídico proposto pelo direito administrativo não são suficientes para tornar precisa a natureza dessas novas relações político-institucionais, não sendo suficientes para responder às suas necessidades de regulamentação e para dar segurança jurídica às novas formas de gestão.

A título de síntese, cabe ressaltar e agrupar o conjunto de sustentações a respeito da razoabilidade ou não da opção pelo "loteamento urbano fechado", a saber:

– ausência de dispositivo legal que permita o fechamento de uma área loteada, uma vez que a Lei 6.766/79 é totalmente omissa a respeito;

– inconstitucionalidade, pois fere o princípio da isonomia e da liberdade de ir e vir;

– normas administrativas não podem permitir a exclusividade de uso das áreas públicas dos "loteamentos fechados";

– o patrimônio não é só dos proprietários dos lotes, pois existem áreas de domínio público que impõem o uso comum de todos, mas reservadas com exclusividade aos integrantes do "loteamento fechado";

– a sua proliferação decorre da permissividade do Poder Público, incluindo o Ministério Público, curvando-se ao poder econômico e, muitas vezes, beneficiando parte de seus membros que adquirem lotes para construir suas residências;

– agride ao planejamento urbano, no que se refere à integração ao espaço da cidade;

– o direito à segurança prepondera em muitos casos ao direito à liberdade de ir e vir e à isonomia;

– mais do que segurança, a busca de privacidade e exclusividade determina a opção.

É incontestável que, assim como as favelas, os "loteamentos fechados" encontram-se consolidados no cenário urbano. Para as favelas, a usucapião ou a concessão de uso do solo afigura-se como uma alternativa, assim como sua urbanização apresenta-se como uma necessidade premente. No caso dos "loteamentos fechados", mesmo sem legislação que permita seu fechamento e sem permissão expressa da municipalidade, eles avultam-se quantitativa e qualitativamente, incluindo sofisticados recursos urbanísticos, arquiteturais, de informatização, de segurança e de lazer.

Tal consolidação decorre do fato de os "loteamentos fechados" serem uma opção com profundo enraizamento sócio-cultural dos segmentos populacionais de alta renda. Nesse sentido, parece pertinente supor que novas normas positivas não sejam capazes de coibir, na prática, as opções pelos "loteamentos fechados", mediante, sobretudo, a falta de segurança urbana, em face do terrorismo imposto por facções criminosas organizadas e, sobremaneira, coordenadas pela indústria do tráfico de drogas.

Mesmo que de natureza diversa, há um ponto em comum entre os loteamentos voltados para as camadas de baixa renda, clandestinos, desordenados e sem infra-estrutura, e os "loteamentos fechados", oferecendo elevado padrão de qualidade de vida: ambos são ilegais.

Arbitrariedade e ilegalidade comandam a tessitura do espaço urbano. De um lado, os "loteamentos fechados", irregulares, mas infra-estruturados, seguros e muitas vezes adequados do ponto de vista ambiental e de qualidade de vida, e, de outro lado, os caóticos loteamentos "abertos" irregulares, precários, violentos, coexistem nas grandes cidades com a aquiescência do Poder Público, ora curvando-se aos interesses do capital (no caso dos "fechados"), ora fomentando o clientelismo político (no caso dos "abertos").

A ilegalidade realimenta a cultura de impunidade e o descrédito do Poder Público.

Os "loteamentos fechados" afiguram-se como um problema de solução complexa, já que ilegais, mas largamente difundidos, sob a égide do princípio da segurança e da predileção por exclusividade de um segmento urbano de elevado poder econômico e social.

O Projeto de Lei 20/2007, apesar de contemplar nova figura para áreas loteadas fechadas, denominada "condomínio urbanístico", não esgota a questão, mas representa um salto na regularização fundiária sustentável dos grandes centros urbanos. Sua imediata promulgação se faz indispensável – emergencial.

Este estudo apresenta e discute a complexidade do tema "loteamento fechado" e considera que, do ponto de vista urbanístico e legal, o enfrentamento da questão, perante os diversos interesses e distintos argumentos, requer a participação ativa de diversos segmentos e setores, incluindo a sociedade civil, urbanistas, Poder Público, Judiciário, instituições de classe e registro imobiliário, na busca de aprofundamento do debate de adequada solução para o problema em pauta.

7. Referências bibliográficas

ABREU, Maurício de Almeida. *Evolução urbana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano. In: PESSOA, Álvaro. *Direito do urbanismo*. Rio de Janeiro: IBAM, 1981.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004. 368 p.

BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, n. 48, p. 60-97, 1995.

BOLETIM DO IRIB. Projeto de Lei 3.057: em defesa do projeto de lei. São Paulo, n. 325, mar.-abr. 2006.

_____. Projeto de Lei de parcelamento do solo: questões ambientais, urbanísticas, consumeristas e registrais. São Paulo, n. 324, jan.-fev. 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Rio de Janeiro: DP&A, 2005. 405 p.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Contornos do condomínio edílico no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 53, jul.-dez. 2002.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada*: Lei 8.935/94. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 311 p.

_____. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 16. ed., atual. até 30.06.2005. São Paulo: Saraiva, 2005. 686 p.

DIP, Ricardo. *Registros públicos*: a trilogia do camponês de Andorra e outras reflexões. Campinas: Millennium, 2003. 203 p.

FERNANDES, Edésio. *Aulas da disciplina, os instrumentos da política urbana e o uso e ocupação do solo*. Belo Horizonte: PUC-MG, 2006.

_____. Em defesa do Projeto do Lei. *Boletim Eletrônico Irib*, n. 2.347, de 21.03.2006).

_____. Políticas de regularização fundiária: confrontando o processo de crescimento informal das cidades latino americanas. *Boletim do Irib*. São Paulo, n. 323, p. 128-139, out.-dez. 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000. 845 p.

JACOMINO, Sérgio. Projeto de Lei 3.057/2000 em debate. *Boletim do Irib*. São Paulo, n. 324, p. 124-139, jan.-fev. 2006.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed, 2. tir, rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. 845 p.

MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques de. *Lei de Registros Públicos comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003. v. 1, 722 p.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*: anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001. São Paulo: Saraiva, 2001. 186 p.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Loteamentos urbanos*: natureza jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2006.159 p.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos. Belo Horizonte, 2006. Disponível em http://www.pucminas.br/ biblioteca/. Acesso em: 22 out. 2006.

ROLNIK, Raquel. *A cidade e a lei*: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. 2. ed. São Paulo: FAPESP,1997. 242 p.

_____. *O que é a cidade*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

SALLES, Venício A. de Paula. O direito de propriedade em face do novo Código Civil. In: SILVA, Ulysses da. *O novo Código Civil e o registro de imóveis*. Porto Alegre: IRIB, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2006. 924 p.

SOARES, Dalva Maria. *Metodologia da pesquisa*. Belo Horizonte: PUC Minas, [2006?]. Texto base.

SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*: por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Rio de Janeiro: Record, 2001. 306 p.

7

A juridicidade dos loteamentos fechados com a publicidade no Registro de Imóveis

VALESTAN MILHOMEM DA COSTA

Especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC Minas. Tabelião e Registrador Substituto em Cabo Frio, Rio de Janeiro.

RESUMO: Loteamentos fechados e Associações de Proprietários. Contribuições para custeio de bens e serviços públicos. Princípios da legalidade e da liberdade associativa. Descentralização da administração de bens e serviços públicos municipais e a questão da isonomia tributária. A instituição do regime no Registro de Imóveis em atenção aos princípios da publicidade, da concentração, da probidade e da boa-fé. A segurança e eficácia dos negócios jurídicos envolvendo imóveis nesses núcleos habitacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Loteamento fechado – Permissão de uso – Licitação – Instituição do regime no Registro de Imóveis – Princípios da publicidade e concentração.

ABSTRACT: Closed lots and Associations of Owners. Contributions to cost of property and public services. Principles of legality and freedom of associations. Decentralization of the administration of public property and municipal services and the issue of tax parity. The institution of the scheme in the Record of Real Estate in mind the principles of advertising, of concentration, probity and good faith. The safety and effectiveness of legal transactions involving property in these centers housing.

KEYWORDS: Closed lots – Permission for use – Bidding – Institution the scheme in the Record of Real Estate – Principles of advertising and concentration.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Contextualização – 3. Identificando os loteamentos fechados: 3.1 Conhecidas e equivocadas nomenclaturas; 3.2 O que é loteamento fechado; 3.3 Como nasce o loteamento fechado – 4. A antijuridicidade do atual modelo praticado: 4.1 Uma palavra sobre o papel político-administrativo do Município; 4.2 Como os Municípios têm regulado os loteamentos fechados; 4.3 Da análise do atual modelo de loteamentos fechados: 4.3.1 Dos princípios constitucionais da legalidade e da liberdade associativa; 4.3.2 Das fontes das obrigações; 4.3.3 Miscelânea de loteamento e condomínio edilício – 5. Rumando para a juridicidade dos loteamentos fechados: 5.1 Considerações preliminares; 5.2 Da desnecessidade de afetação ou desafetação dos bens públicos: 5.2.1 Distinção entre natureza do bem público e natureza do uso; 5.3 Da permissão de uso para viabilidade dos loteamentos fechados: 5.3.1 Do momento e dos fatores de constituição do loteamento fechado; 5.4 Do regime tributário especial para os loteamentos fechados – 6. O loteamento fechado no Registro de Imóveis: 6.1 A viabilidade do loteamento fechado no Registro de Imóveis; 6.2 A natureza das obrigações nos loteamentos fechados e a sua repercussão nos negócios jurídicos; 6.3 Dos princípios da publicidade e da concentração no Registro de Imóveis como fatores de garantia jurídica e proteção social; 6.4 O ato de constituição, no Registro de Imóveis, do regime de loteamento fechado; 6.5 Do elastério dos atos de averbação (art. 246 da Lei 6.015/73) – 7. Considerações finais – 8. Bibliografia – 9. Anexo.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho considera a questão dos loteamentos fechados e a conseqüente polêmica em torno do rateio do custeio do empreendimento entre os proprietários de lotes e, ainda, a necessidade da publicidade do regime do loteamento no Registro de Imóveis, para preservação da segurança jurídica.

Visto que o entrave à publicidade do regime dos loteamentos fechados no Registro de Imóveis gravita em torno de uma interpretação restritiva da Lei dos Registros Públicos, buscamos demonstrar, por meio de princípios do Direito Registral Imobiliário e de autorizada doutrina, a fragilidade dessa interpretação, que somente favorece a clandestinidade e a conseqüente insegurança jurídica.

De outro lado, tendo em vista imperfeições jurídicas no atual modelo de loteamento fechado, apontamos os aprimoramentos indispensáveis para uma qualificação positiva no Registro de Imóveis.

Os argumentos são desenvolvidos em três fases. A primeira aborda as diferentes nomenclaturas dadas aos loteamentos fechados visando individualizar

e identificar com mais clareza o fenômeno, bem como faz breve menção às razões da sua existência e a alguns conceitos forjados na doutrina e fora dela sobre loteamento fechado. A segunda faz uma consideração das tentativas do Poder Público Municipal, em diferentes unidades da federação, de regularizar os loteamentos fechados mediante descentralização administrativa em favor das associações de proprietários, apontando, ainda, os principais entraves jurídicos para a constituição de obrigações aos proprietários de lotes não associados e não participantes da formação do modelo habitacional. Na terceira e última fase busca-se mostrar que é possível dar sustentação legal aos loteamentos fechados e atenuar as inseguranças jurídicas mediante mecanismos jurídicos adequados, visando possibilitar a prevenção de conflitos, para cujo desiderato é indispensável a participação do Registro de Imóveis.

2. Contextualização

As mudanças sociais são inevitáveis, e hodiernamente relâmpagos. Muitas ocorrem numa velocidade tal que surpreendem a própria sociedade e, não raro, as autoridades, sobretudo o Poder Judiciário, par de vezes chamado a solver conflitos oriundos das mudanças sem que haja o devido amadurecimento jurídico do fenômeno, e, ainda, à míngua de legislação própria, que, via de regra, tardam em regular fenômenos sociológicos.

Um desses fenômenos de constante mutação social diz respeito a modelos de habitação, decorrentes de fatores vários, desde a incontrolável desigualdade social à crescente necessidade de suprir as deficiências do Estado em prover os direitos sociais, tal como assente no texto constitucional. Basta uma olhada de relance nos conhecidos institutos do Loteamento e do Condomínio para constatar que os modelos praticados atualmente na sociedade não guardam – em um número cada vez maior – sintonia com o modelo desenhado na legislação.

Por exemplo, mesmo à míngua de leis que regulem o "loteamento fechado" e o "condomínio de lotes", eles existem, são amplamente conhecidos e praticados e, não raro, tidos como sinônimos, quando na realidade são modelos habitacionais com profundas distinções jurídicas entre si, como se fará breve menção mais adiante, muito embora nos detenhamos apenas na abordagem dos "loteamentos fechados", por fidelidade ao nosso tema.

Assim, a alusão que aqui se faz aos chamados "condomínios de lotes", forma de parcelamento do solo sem sustentação jurídica, visa apenas exemplificar modelos habitacionais atípicos de relevância na atualidade, conforme encontrados em cidades como Brasília e São Paulo, dentre outras.

Na realidade os loteamentos fechados, assim como os "condomínios de lotes", existem também em regiões balneárias do litoral e do interior do país, em várias unidades da Federação, inclusive na Região dos Lagos, interior do Estado do Rio de Janeiro, como se infere da vasta jurisprudência do Tribunal de Justiça desse Estado sobre a contribuição devida às "Associações dos Proprietários" constituídas para administrar "loteamentos fechados" ou "condomínios

de lotes", empreendimentos híbridos: loteamento segundo a lei e o registro de imóveis; "loteamento fechado" para os adquirentes e para as "associações"; condomínio de unidades autônomas segundo a lei e o Registro de Imóveis; "condomínio de lotes" para os adquirentes e para as "associações", estas nem sempre com a adesão de todos os adquirentes ou moradores, mas obrigando a todos.

A falta de regulação dos "loteamentos fechados" por meio de lei constitui campo profícuo para infindáveis discussões forenses e doutrinárias, conduzindo, no mínimo, a soluções incompletas que refogem ao ideal do direito: a paz social e a segurança jurídica.

O número de ações ajuizadas em diferentes unidades da Federação envolvendo loteamentos fechados demonstra o descontentamento de muitos em torno desse modelo habitacional. Talvez não necessariamente em torno da sua existência, mas da sua clandestinidade, da falta de transparência pela ausência da publicidade no Registro de Imóveis das regras que o regem; da vulnerabilidade dos moradores às ensanchas dadas aos mentores das Associações de Proprietários, enfim, da insegurança jurídica que ensejam, à medida que bens públicos são administrados por particulares, em prol de interesses particulares, sem o necessário controle público.

O tema requer uma análise mais profunda que a dispensada até o momento, pois, via de regra, a discussão tem girado em torno das contribuições compulsórias instituídas pelas Associações dos Proprietários.

Contudo, somente a partir de uma análise objetiva dos exatos contornos do assunto será possível um justo pronunciamento acerca da sua juridicidade, sobretudo em razão da implicação da matéria no direito constitucional, administrativo, tributário e civil, incluído neste o direito registral imobiliário, os quais ainda não foram discutidos com propriedade.

O fenômeno é real e cresce a cada dia. Ignorá-lo não fará que desapareça, nem parece isso necessário ou conveniente, o que mostra a necessidade de regulá-lo, de reformular o modelo, tirar-lhe as escórias, dar-lhe uma roupagem escorreita, preservadora dos interesses sociais, públicos e particulares, impingindo-lhe segurança jurídica alicerçada nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Isso somente será alcançado com a participação do Registro de Imóveis no processo, como legítimo guardião da segurança jurídica na prevenção de conflitos.

3. Identificação dos loteamentos fechados

3.1 Conhecidas e equivocadas nomenclaturas

O loteamento fechado existe sob diversas denominações,[1] tais como "condomínio de fato ou condomínio atípico",[2] "condomínio fechado"[3] e até "propriedade intramuros".[4]

O Conselho Regional dos Corretores de Imóveis de Santa Catarina,[5] em documento intitulado "Legislação de Empreendimentos Imobiliários em Santa Catarina", visando orientar os profissionais da área sobre como realizar negócios seguros e eficazes aos "consumidores", apresenta orientação sobre as formas legais e ilegais de parcelamento do solo e diz que "condomínios fechados" podem ser constituídos legalmente, sem ser um *condomínio*, ou seja, na figura jurídica de um *loteamento fechado* na Lei do Parcelamento do Solo 6.766/79.

É evidente a dificuldade de identificar de forma clara o que seja loteamento fechado, uma vez que ele não possui identidade legal, sendo na realidade um misto do loteamento com o condomínio edilício, institutos distintos, regidos por legislação própria e com tratamento inteiramente diferenciado no campo do direito imobiliário registral, do direito das obrigações, do direito tributário, enfim.

Desta feita, antes de acurar o sentido de cada uma dessas denominações, com o fito de estabelecer uma base comum quanto à nomenclatura mais apropriada a este novo modelo habitacional, deve-se esclarecer que as denominações "condomínio de fato ou atípico", "condomínio fechado" e "propriedade intramuros" não constam de nenhuma legislação.

Quanto aos condomínios, as formas contempladas no Código Civil são "condomínio voluntário" (arts. 1.314 a 1.322), "condomínio necessário" (arts. 1.327 a 1.330) e "condomínio edilício" (arts. 1.331 a 1.358).

As denominações "condomínio de fato, ou atípico" e "condomínio fechado" são formas usadas para identificar modelos habitacionais com aparência de condomínio, mas que não guardam com este relação concreta, dada a ausência dos pressupostos básicos à formação e/ou formalização de um condomínio.

Condomínio, em sentido etimológico e jurídico, é "domínio que pertence a duas ou mais pessoas juntamente. Direito de soberania exercido por duas ou

1. FREITAS, José Carlos. Da legalidade dos loteamentos fechados. *Revista Eletrônica do Direito*, n. 6.
2. QUIRINO, Hamilton. *Condomínio de fato*. Comentários e doutrina. 10. ed. São Paulo: Diário das Leis Imobiliário, 2005.
3. PEREIRA, Kênio de Souza. *Adquirir lote em condomínio fechado requer reflexão*. Comentários e doutrina. 34. ed. São Paulo: Diário das Leis Imobiliário, 2004.
4. KOLLET, Ricardo Guimarães. *Boletim Informativo*, ANOREG/ENOREG/SINOREG-RJ, ano 7, n. 59, set. 2005.
5. Conselho Regional dos Corretores de Imóveis de Santa Catarina. *Legislação de empreendimentos imobiliários em Santa Catarina* – Loteamentos e condomínios.

mais potências sobre uma região. Coisa indivisa (prédio), cuja propriedade está dividida entre duas ou mais pessoas".[6]

Nas formas de loteamento em análise, e também no loteamento ordinário, do qual aquele é derivado, não há, necessariamente, nenhum domínio exercido por duas ou mais pessoas sobre os lotes que compõem o empreendimento, ressalvada a hipótese de duas ou mais pessoas comprarem juntas um ou mais lotes, constituindo, nesse caso, um "condomínio voluntário" sobre os lotes adquiridos, condomínio esse que não transborda da área perimetral dos lotes, nem se constitui em áreas comuns inalienáveis por quaisquer deles, nem se revela um condomínio por unidades autônomas que dispensa a aquiescência do outro condômino em caso de alienação da cota condominial, nem exige a formalização de instrumento para reger a utilização da coisa pelos condôminos, pois o regramento se encontra inteiramente na lei.

Assim, o condomínio voluntário é a propriedade exercida por mais de um sujeito sobre a mesma coisa de forma indiscriminada, e é regulado nos arts. 1.314 a 1.326 do CC. O condomínio edilício é a propriedade individual sobre unidades autônomas mais uma co-propriedade sobre áreas comuns de um mesmo empreendimento, sendo regulado pelo Código Civil (arts. 1.331 a 1.358), pela Lei 4.591/64 (arts. 1.º a 27)[7] e pela convenção do condomínio.

No loteamento, porém, a situação é diferente, pois não há áreas comuns vinculadas aos lotes. Todos os lotes são absolutamente independentes entre si e *não pode haver* qualquer sociedade ou direito de propriedade privada sobre as áreas que não sejam lotes.

De maneira simples, dois são os aspectos que distinguem um loteamento de um condomínio:

A) *Loteamento* é constituído de *áreas públicas* (ruas, praças e demais logradouros para instalação de equipamentos públicos de educação, saúde, cultura, lazer e similares – art. 4.º da Lei 6.766/79) e *privadas* (lotes residenciais e comerciais).

B) *Condomínio* é constituído, *exclusivamente*, de *áreas privadas*: *privativas* (casas e respectivas frações ideais do terreno) e *comuns* (áreas de circulação, áreas de lazer, áreas de acesso ao condomínio, de passagens de dutos, de instalação de caixa-d'água do condomínio etc.).

O modelo habitacional em consideração ("loteamento fechado") é constituído de *áreas públicas e privadas*. As áreas públicas pertencem exclusivamente ao Poder Público; as áreas privadas, exclusivamente, a cada um de seus proprietários.

6. MICHAELIS, *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2002.
7. Não obstante o entendimento de que os arts. 1.º a 27 da Lei 4.591/64 foram derrogados pelos arts. 1.331 a 1.356 do novo CC, parece que o próprio Código Civil mantém aquelas disposições legais ao dizer: Art. 1.332. "Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, *além do disposto em lei especial*".

As *áreas privadas* nos loteamentos são, repita-se: inteiramente independentes, têm acesso direto à via pública, gozam dos serviços públicos individualmente e por eles contribuem cada um de *per si*, não havendo a menor possibilidade de um proprietário de lote ser afetado no seu direito à utilização da coisa, ou responder por eventual inadimplência ou infração de outro proprietário no cumprimento de suas próprias obrigações, tais como pagamento do IPTU, das despesas com serviços de conservação e limpeza – TLP, das tarifas com água, telefonia, energia elétrica, gás, empregados etc.

Já no caso de um condomínio edilício, a situação é diferente. Basta alguém não pagar a cota condominial para que a coletividade seja onerada. Basta alguém transigir uma norma pública, *v.g.*, colocar o lixo doméstico em local impróprio, para que a coletividade se torne sujeito passivo da obrigação de pagar multa, ressalvado possível direito de regresso contra o condômino infrator.

Segundo Gasparini, citado por Lêda Granja,[8] a denominação "loteamento em condomínio" encerra uma *contradictio in terminis*. Enquanto o loteamento significa processo de divisão de uma gleba com o surgimento de unidades (lotes) autônomas, de propriedades individualizadas, o condomínio indica a indivisão, a co-propriedade, sem o aparecimento de unidades bastantes em si, ou seja, portadoras de uma individualidade própria. No loteamento, a gleba deixa de ser gleba, perde sua individualidade objetiva. No condomínio isso não ocorre.

Logo, denominar de "condomínio", qualquer que seja o predicativo, os modelos habitacionais constituídos como loteamento é equívoco técnico-jurídico que salta aos olhos e, via de regra, tem conduzido e exposto a sociedade a incalculáveis erros e abusos.

Aquilo que nasce como loteamento só pode existir como loteamento, sujeitar-se às normas dos loteamentos, inclusive para deixar de ser loteamento.

Feitos esses esclarecimentos, é hora de enfrentar a questão que encabeça esse tópico.

3.2 O que é loteamento fechado

Elvino Silva Filho[9] diz que "loteamento fechado consiste na subdivisão de uma gleba em lotes destinados a edificação ou formação de sítios de recreio, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos, devendo ser essa gleba cercada ou murada em todo o seu perímetro de modo a manter sob controle o acesso aos lotes".

Esclarece, contudo, que "o loteamento fechado é um loteamento comum, aprovado o projeto pela Prefeitura Municipal, conseqüentemente devendo ser registrado no Registro de Imóveis, em cumprimento aos requisitos previstos na Lei 6.766, de 19.12.1979".

8. GRANJA, Lêda Virgínia Aguiar de Carvalho. Os condomínios e os condomínios fechados: o caso do Distrito Federal. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 340.
9. SILVA FILHO, Elvino. Loteamento fechado e condomínio deitado. *RDI*, n. 14, jul.-dez. 1984.

Quanto à propriedade dos lotes em loteamentos fechados, Elvino Silva Filho[10] diz, ainda, que "algumas restrições (...) se impõem ao (...) direito de propriedade, as quais" os proprietários desses lotes devem "previamente, conhecer e a elas se submeter, pela circunstância de adquirir um lote de terreno em um loteamento fechado".

José Marcelo Tossi Silva,[11] por seu turno, diz que "loteamento fechado nada mais é que um loteamento que tem suas divisas cercadas e o acesso ao seu interior controlado, fazendo com que o uso das vias e praças seja restrito a determinadas pessoas".

O Conselho Regional dos Corretores de Imóveis de Santa Catarina, no documento anteriormente citado, diz que loteamento fechado "é um parcelamento de solo, baseado na Lei Federal de Parcelamento do Solo 6.766/79 e suas alterações", onde "não é necessário edificar", pois "é um loteamento".

E ainda: "Nestes [loteamentos] fechados, existem as áreas privadas, que correspondem ao próprio terreno adquirido, e as áreas de domínio público. É feito com o fechamento das vias públicas e as áreas institucionais poderão ser utilizadas pelos moradores via dispositivo legal do art. 7.º do Dec.-lei Federal 271, de 28.02.1967, com autorização do Poder Legislativo Municipal, ou utilizando o art. 21 ao 23 do Estatuto das Cidades, Lei 10.257/2001".

Esses conceitos demonstram que loteamento fechado é, na realidade, um loteamento comum, mas que se torna fechado pelo acréscimo de cercas ou muros em torno do loteamento para torná-lo inacessível indiscriminadamente à população não residente no próprio loteamento, fechamento que tem ocorrido com ou sem autorização da Administração Municipal, assumindo os próprios moradores os ônus pela manutenção e conservação dos bens e serviços públicos no loteamento.

O predicativo fechado, além do sentido comum de "cercado, reservado", tem ainda o sentido de "protegido por sistemas de segurança que controlam o acesso de pessoas e veículos às suas dependências".[12]

Assim, loteamento fechado é loteamento regularmente aprovado pela Prefeitura Municipal e registrado no Registro de Imóveis, no qual os bens públicos são administrados e os serviços públicos prestados pela iniciativa privada, via de regra sem supervisão da Administração Pública.

3.3 Como nasce o loteamento fechado

Para dizer como nasce o loteamento fechado é preciso fazer referência a por que nasce, uma vez que o seu nascimento – e esse é o termo apropriado – não resulta de uma previsão legal ou de uma orientação legal, nem, em regra, da vontade livre, consciente e planejada do loteador, mas de uma prolongada

10. Idem.
11. SILVA, José Marcelo Tossi. Requisitos para a regularização de condomínios de fato. *Boletim Eletrônico do IRIB*, n. 322.
12. MICHAELIS, *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2002.

e temerária gestação das limitações da Administração Pública em atender às necessidades sociais por mudanças.

Atualmente, com a descoberta desse modelo habitacional, e à míngua de previsão legal para a sua constituição, muitos loteamentos são constituídos e enxertados com o vírus da mutação, não sendo incomum que isso seja feito pela própria Administração Municipal.

Kollet[13] diz que no "Rio Grande do Sul, essa modalidade de propriedade tem assumido a matriz de propriedade horizontal, valendo-se da aplicação subsidiária da Lei 4.591, de 16.12.1964, onde as vias de circulação e áreas de lazer são propriedade privada, cuja utilização é regulada pela convenção de condomínio, contrato social fundante do condomínio edilício".

Se esse é o modelo encontrado no Rio Grande do Sul, tudo leva a crer que o fenômeno do loteamento fechado, na realidade, ainda não chegou por lá. A descrição da "modalidade de propriedade" a que se refere Kollet indica que a hipótese é de "Condomínio Edilício", regulado pelo Código Civil, posto que as "vias de circulação interna e áreas de lazer são propriedade privada", e o modelo habitacional é regulado por convenção de condomínio, o que é diferente no caso dos loteamentos fechados, pela existência de áreas públicas e privadas, conforme explicitado no tópico 3.1 *supra*.

Assim, o que Kollet denomina "propriedade intramuros" é hipótese distinta daquela que, segundo ele, "em São Paulo (...) são feitas sob a forma de loteamento (Lei 6.766, de 19.12.1979), onde posteriormente ao registro é feito um contrato entre o Poder Público e a Associação de Proprietários, tendo como objeto as áreas de uso comum, que passam a ser administradas pelos moradores do núcleo".

O loteamento fechado, portanto, falando da sua *razão* de ser, nasce da necessidade de a população implementar serviços públicos, pela ausência do Poder Público em administrar os bens públicos existentes nesses empreendimentos e em prestar os serviços públicos essenciais, como segurança, saúde, lazer, limpeza e conservação.

Quanto ao *modo* do seu nascimento – nem sempre com a regular permissão do Poder Público –, ele ocorre pelo fechamento do empreendimento por muros e cercas e pela "transferência" dos serviços públicos (segurança, saúde, lazer, limpeza e conservação) e da administração das áreas públicas (sobretudo ruas e praças – bens de uso comum do povo) a uma instituição privada, chamada "Associação de Proprietários".

Feita essa "transferência", implícita ou explícita, a "Associação de Proprietários" assume o controle do empreendimento, fechando a área loteada, instalando guarita, contratando pessoal, realizando os serviços que considerar indispensáveis (via de regra: segurança, limpeza e conservação) e, obviamente, cobrando de todos os moradores, independentemente de haver participado da formação da Associação, de concordar ou discordar com a prestação dos serviços, uma contribuição mensal e *ad perpetuam*.

Desse modo nasce robusto, mas nem tão saudável, o loteamento fechado.

13. KOLLET, Ricardo Guimarães. Op. et loc. cits.

4. A ANTIJURIDICIDADE DO ATUAL MODELO PRATICADO

4.1 Uma palavra sobre o papel político-administrativo dos Municípios

Se os loteamentos fechados surgiram da dificuldade do Poder Público em prestar serviços essenciais à população, também é verdade que os Municípios ainda não encontraram a regulação adequada do fenômeno e, em alguns casos, foram criados novos complicadores, pela nem sempre clara compreensão dos institutos que regem o parcelamento do solo no direito pátrio.

É bem verdade que aos Municípios cabe executar "a política de desenvolvimento urbano", e com esse "objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes", nos termos do art. 182 da CF, e, ainda, "legislar sobre assuntos de interesse local", no exercício da competência que lhes é conferida no art. 30, I, da Lei Magna.

Contudo, esse papel do Poder Público Municipal terá que ser desenvolvido nos "termos da lei federal", consoante dispõe o § 4.º do art. 182 da *Magna Carta*, o que significa dizer nos termos da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), a qual, em seu art. 3.º, confere à União a competência para "legislar sobre *normas gerais* de direito urbanístico", sem prejuízo, evidentemente, da competência privativa da União para legislar sobre "direito civil" (direito das coisas, direito das obrigações etc.), nos termos do art. 22, I, da CF/88.

Para ter uma idéia de como os Municípios têm desenvolvido esse seu papel, é necessária alguma abordagem em torno das legislações municipais que tratam dos loteamentos fechados, ainda que não seja possível falar de todas as legislações municipais sobre o tema ou fazer um exame detalhado de uma ou mais dessas legislações, em vista da objetividade que este trabalho exige.

4.2 Como os Municípios têm regulado os loteamentos fechados

Com o propósito anunciado no parágrafo precedente, serão feitos breves comentários sobre as seguintes legislações: Lei 5.138/1992, de São José do Rio Preto-SP; LC 1.234/2001, de Ribeirão Preto-SP; Lei 5.250/2003, de Governador Valadares-MG; Lei 2.668/2003, de Paulínia-SP; Lei 2.278/2004, de Santa Fé do Sul-SP; Lei 4.403/2005, de São José-SC; e Lei 2.666/2006, de Vargem Grande do Sul-SP.

A Lei 5.138/92 (São José do Rio Preto-SP, 1992), em seu art. 15, faz alusão à possibilidade de serem permitidos "loteamentos fechados e *loteamentos em sistema de condomínio*". O § 3.º do art. 15 diz que "nos *loteamentos em sistema de condomínio* as vias internas e as áreas de lazer permanecerão no domínio dos condôminos. As *áreas institucionais* deverão ser doadas ao Município na forma da lei". O art. 16 menciona "vias de circulação, as áreas de recreação e demais *áreas de uso comum*, assim definidas na *convenção condominial e aprovadas pelo Poder Público*". O art. 19 faz referência a *serviços básicos de natureza pública* no interior dos loteamentos em sistema de condomínio. No art. 21 diz que "nos *loteamentos em sistema de condomínio*, cada unidade autônoma será tratada como prédio isolado, competindo ao respectivo titular recolher os impostos, taxas, contribuições de melhoria etc., relativo ao seu imóvel e, quando for o caso, da

fração ideal correspondente", e no art. 21 alude que "nos *loteamentos em sistema de condomínio* os *espaços livres de uso comum*, destinados ao sistema de recreação, poderão ser dotados de instalações e equipamentos próprios para lazer, tais como parque infantil, piscina, pista de corrida, quadra de esportes etc.", além de mencionar, no art. 22, que "*será permitido o livre acesso das autoridades públicas*, no desempenho de suas funções, ao interior dos loteamentos (...) *em sistema de condomínio*, o acesso de outras pessoas ficará subordinado ao regulamento de cada respectiva administração". E, por último, o art. 23 diz que "a Secretaria Municipal de Planejamento e o C.P.D.D. deverão analisar e dar parecer sobre as solicitações de diretrizes para a implantação de (...) *loteamentos em sistema de condomínio*, levando em consideração os *interesses primordiais da comunidade* e as diretrizes do P.D.D.".

Podem-se detectar, mesmo numa análise perfunctória, pontos impertinentes na lei municipal analisada. Como explicitado nas considerações iniciais deste trabalho, loteamento e condomínio são coisas distintas, regidos por normas próprias, tendo tanto a partição do solo como a atribuição e partição das responsabilidades tratamentos diferentes, pois no primeiro é patente a individualidade dos interesses dos proprietários dos lotes, pela *inexistência* de áreas comuns, e no segundo predomina a comunhão dos interesses dos proprietários das unidades autônomas, pela *existência obrigatória* das áreas comuns, sem as quais não há que se falar em condomínio.

Da mesclagem desses institutos (loteamento e condomínio) nascem todas as demais impertinências, como a previsão de o Município participar na formação da convenção do condomínio e do regimento interno, de estabelecer o livre acesso das autoridades às áreas internas do empreendimento, de regular a forma de utilização das áreas privadas internas, dentre outras, o que constitui tanto invasão de competência legislativa (a matéria relativa aos condomínios edilícios já está regulada nos arts. 1.331 a 1.358 do CC) como violação *potencial* do art. 5.º, XI, da CF, que estabelece que *a casa* (e as áreas comuns do condomínio são uma extensão da casa) "é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Felizmente, nem todas as legislações municipais apresentam esse grau de distorção dos institutos, havendo muitas que abordam a questão dos loteamentos fechados com singularidade, sem agressão ao instituto do loteamento desenhado na Lei 6.766/79.

Por outro lado, todas pecam (mas não por omissão, o que é positivo) na forma de transferir a responsabilidade pela administração e custeio na conservação e manutenção dos bens públicos dos loteamentos fechados, pois todas atribuem essa responsabilidade às Associações de Proprietários, as quais ainda não existem por ocasião da aprovação do loteamento e da expedição do decreto municipal de permissão ou concessão especial de uso dos bens públicos, e

mesmo quando formadas não têm competência para gerir interesses de terceiros não associados, como, ademais, será enfatizado linhas adiante. [14]

No que tange à LC 1.234/2001, de Ribeirão Preto-SP, 2001, à Lei 2.666/2006, de Vargem Grande do Sul-SP, e à Lei 2.668/2003, de Paulínia-SP, são pertinentes as considerações especiais a seguir.

A LC 1.234/2001 (Ribeirão Preto-SP, 2001) não cita especificamente Associação de Proprietários, referindo-se tão-só (§ 1.º do art. 2.º) "a uma sociedade civil constituída pelos proprietários da área"; a "interessado" (art. 2.º, § 2.º, *b*); a "entidade representativa dos moradores" e a "entidade permissionária" (art. 2.º, §§ 4.º e 5.º).

Sabe-se que as *sociedades civis* no direito anterior (Código Civil de 1916) correspondem às sociedades simples no direito atual, como se dessume da dicção do art. 982 do CC/2002, que diz: "Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, *simples, as demais*". Por *interessado* pode-se entender qualquer pessoa cujos direitos e deveres possam ser afetados, e, na hipótese, qualquer dos proprietários. *Entidade representativa dos moradores*, porém, é tipicamente a Associação dos Proprietários, pessoa jurídica constituída "pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos" (art. 53 do CC).

De sorte que, teoricamente, a legislação municipal de Ribeirão Preto admite a possibilidade da administração dos loteamentos fechados ser conferida: a) a uma sociedade simples, constituída pelos proprietários do loteamento; b) a um dos proprietários do loteamento; ou, finalmente, c) a uma Associação de Proprietários do loteamento. Em todos os casos, mediante permissão de uso.

A Lei 2.666/2006 (Vargem Grande do Sul-SP, 2006) refere-se expressamente a "uma Associação de Proprietários" (art. 36, §§ 4.º e 5.º) e estabelece as seguintes diretrizes nos casos de loteamento fechado:

"Art. 36. Os Loteamentos poderão adotar a forma fechada, desde que respeitados todos os requisitos dispostos nesta Lei.

(...)

§ 2.º Quando da aprovação do Loteamento fechado, o sistema viário, as áreas verdes e o sistema de lazer passarão ao domínio do Município, *devendo o uso privativo destes locais ser outorgado por decreto de permissão em favor dos compromissários compradores.*

I – para a outorga da *permissão de uso* referida no *caput* deste inciso, o parcelador deverá apresentar ao Departamento de Obras da Prefeitura Municipal os

14. Como exemplos das irregularidades apontadas, ver: Lei 5.250/2003 (Governador Valadares-MG, 2003) – arts. 10, § 5.º, 12, *caput*, II e parágrafo único, e 13; Lei 2.668/2003 (Paulínia-SP, 2003) – arts. 12, 13, 15, § 3.º, 17, parágrafo único, 19, parágrafo único; Lei 2.278/2004 (Santa Fé do Sul-SP, 2004) – arts. 3.º, 4.º, 5.º, § 3.º, 14, *caput* e parágrafo único, 17, 18, 19, 21, 22, *caput* e parágrafo único, 24, *caput* e § 1.º, 25, 27 e 28, parágrafo único; Lei 4.403/2005 (São José-SC, 2005) – arts. 3.º, § 4.º, 4.º, § 1.º, 5.º, 6.º, § 1.º, 10, *caput* e parágrafo único, 11, *caput* e parágrafo único.

seguintes documentos: *a*) solicitação de viabilidade para aprovação desse tipo de loteamento; *b*) projeto do loteamento *contendo todos os encargos relativos à manutenção e conservação dos bens públicos objeto da permissão de uso*, devidamente registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos; *c*) regulamento interno do loteamento fechado, devidamente registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, que deverá atender ao Código de Obras do Município e Código Sanitário do Estado;

II – após a apresentação dos documentos dispostos no parágrafo anterior, o Departamento de Obras da Prefeitura Municipal emitirá uma certidão e enviará para a apreciação do Prefeito Municipal, para que este expeça o decreto de permissão de uso.

§ 3.º Depois da expedição do decreto de permissão do uso privativo do sistema viário, das áreas verdes e do sistema de lazer do loteamento, *em favor do parcelador ou dos compromissários compradores*, o loteamento deverá *ser aprovado por Decreto e formalizado por escritura pública registrada no Cartório de Registro de Títulos e Documentos*.

§ 4.º Tendo sido efetuada a venda dos lotes componentes do loteamento fechado, *deverá ser* formada uma Associação de Proprietários, observando os ditames legais.

§ 5.º Após devidamente formada, a Associação de Proprietários deverá requerer junto ao Poder Público Municipal a *concessão de uso especial* dos sistemas viário e de lazer, das áreas verdes em favor dos moradores, que deverá ser outorgada por meio de decreto municipal e formalizada por escritura pública no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

§ 6.º Nos títulos aquisitivos (contratos de compromisso de compra e venda ou escrituras de compra e venda) dos lotes constantes dos loteamentos fechados, deverá constar que o adquirente respeitará todas as regras de uso dos bens dispostas na lei que *concedeu* o direito especial de uso e no regulamento interno.

(...)

§ 8.º Uma vez devidamente registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos como loteamento fechado, em hipótese alguma o mesmo poderá transformar-se em loteamento aberto".

Nada obstante a possibilidade do registro do "projeto de loteamento fechado *contendo todos os encargos relativos à manutenção e conservação dos bens públicos objeto da permissão de uso*" no Cartório do Registro de Títulos e Documentos, o que poderá ser feito para fins de conservação (art. 127, VII, da Lei 6.015/73), e da formalização do decreto de aprovação do loteamento fechado mediante escritura pública", bem como a possibilidade do registro da "concessão do direito especial de uso" também no Cartório do Registro de Títulos e Documentos, neste caso para os fins da publicidade (art. 127, parágrafo único, da Lei 6.015/73), há que se fazer algumas observações sobre o modelo em consideração, envolvendo questões temporais, obrigacionais, registrais e operacionais.

A questão temporal tem a ver com os termos do § 3.º do art. 36 da Lei 2.666/2006 (Vargem Grande do Sul), a qual diz que, "*depois da expedição do decreto de permissão do uso privativo* do sistema viário, das áreas verdes e do

sistema de lazer do loteamento, *em favor* do parcelador ou *dos compromissários compradores, o loteamento deverá ser aprovado por decreto* e formalizado por escritura pública registrada no Cartório de Registro de Títulos e Documentos".

Ora, não é possível a "expedição do decreto de permissão do uso privativo das áreas verdes e do sistema de lazer do loteamento" antes da aprovação do loteamento.

A uma, porque antes da aprovação e do registro do loteamento no Registro de Imóveis não existe loteamento (art. 18, *caput*, e § 3.º do art. 21 da Lei 6.766/79).

A duas, porque as áreas públicas somente são transferidas ao Poder Público após a aprovação e o registro do loteamento (art. 22 da Lei 6.766/79). Antes disso, evidentemente, não há áreas públicas passíveis de permissão do uso.

A três, porque, enquanto não registrado o loteamento, não poderá o loteador promover a venda de lotes (art. 37 da Lei 6.766/79), não havendo, portanto, compromissários compradores a quem outorgar a permissão de uso.

A questão obrigacional diz respeito ao disposto no § 4.º do art. 36, segundo o qual "tendo sido efetuada a venda dos lotes componentes do loteamento fechado, *deverá ser* formada uma Associação de Proprietários, observando os ditames legais".

Essa disposição é ineficaz tanto porque o Município não pode obrigar os proprietários de lotes a constituir uma associação como porque o loteador não pode assumir obrigação de formar a associação, que é direito subjetivo dos proprietários, e não um dever.

É preciso lembrar que se mesmo após a formação da associação "não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos" (parágrafo único do art. 53 do CC), quanto menos haverá obrigação entre os adquirentes de lotes e o Município, no que tange à formação de uma associação, em razão de acordo firmado entre o Município e o loteador.

Em matéria de Registros Públicos, é inteiramente inadequada a previsão do § 8.º do art. 36, ao dizer que "uma vez devidamente registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos como loteamento fechado, em hipótese alguma o mesmo poderá transformar-se em loteamento aberto".

Aqui, é gritante a ilegalidade do dispositivo. Não há amparo nem na Lei do Parcelamento do Solo (art. 18) nem na Lei dos Registros Públicos (art. 167, I, 19) para o loteamento ser registrado em títulos e documentos. O registro será feito sempre no Registro de Imóveis.

Relativo à questão operacional, a lei municipal prevê a permissão de uso num primeiro momento (§ 3.º) e a concessão de uso após a formação da Associação de Proprietários (§ 5.º). Dois atos administrativos para uma mesma finalidade. Não é prático, para se dizer o mínimo.

Por último, quanto à Lei 2.668/2003 (Paulínia-SP, 2003), salvo a questão da transferência de responsabilidades para a Associação de Proprietários, presente em todas as demais, e considerada medida inadequada para o modelo, pelos fundamentos jurídicos adiante apontados, no mais pode ser tida como uma das mais avançadas legislações municipais sobre o tema, pela sua sintonia com

a Lei do Parcelamento do Solo (6.766/79), com a Lei dos Registros Públicos (6.015/73) e com o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

No que tange à sua sintonia com as Leis 6.766/79 (Brasil, 1979) e 6.015/73 (Brasil, 1973), é digno de nota destacar os seguintes artigos:

"Art. 7.º Passam a integrar o domínio público do município, as vias e praças, os espaços livres e verdes, as áreas destinadas a equipamentos urbanos, serviços públicos ou de utilidade pública, *desde o momento do registro do loteamento no Serviço de Registro Imobiliário*, tornando-se imodificáveis, pelo empreendedor, o traçado viário e as descrições urbanísticas estabelecidas para a edificação nos lotes.

(...)

Art. 15. A área máxima do loteamento fechado dependerá de considerações urbanísticas, viárias, ambientais e do impacto que possa ter sobre a estrutura urbana, sempre dentro das diretrizes estabelecidas pelo Plano Diretor.

§ 1.º *No ato da solicitação do pedido de diretrizes, deverá ser especificada a intenção de implantação da modalidade de loteamento.*

(...)

Art. 18. Fica a Prefeitura Municipal de Paulínia autorizada a outorgar o uso de que trata o artigo 11, nos seguintes termos: I – A permissão de uso e a aprovação do loteamento serão formalizadas por decreto do Poder Executivo; II – A outorga da permissão de uso *deverá constar do registro* do loteamento no Cartório de Registro de Imóveis; III – No decreto de outorga da permissão de uso deverão constar todos os encargos relativos à manutenção e à conservação dos bens públicos em causa.

(...)

Art. 25. (...).

Parágrafo único. A fim de dar a devida publicidade ao Regulamento da Vida comunitária e de uso dos espaços livres, *assinado por todos os adquirentes dos lotes*, para que todos os futuros adquirentes, nas alienações, ou credores, na constituição de direitos reais sobre esses lotes, possam tomar conhecimento das obrigações assumidas pelos proprietários, a Associação *deverá providenciar, com base no disposto na parte final do art. 246 da Lei de Registros Públicos, a averbação do Regulamento na Matrícula do Serviço de Registro Imobiliário onde o Loteamento foi registrado*".

Dessa sorte, vê-se que a Lei do Município de Paulínia-SP, que regula os loteamentos fechados, orienta de forma correta os procedimentos necessários para a proteção dos interesses dos adquirentes de lotes, ao recomendar a "averbação do Regulamento" do loteamento fechado "na Matrícula do Serviço de Registro Imobiliário onde o loteamento foi registrado", não obstante outras providências serem necessárias para o mesmo fim, sem prejuízo da necessidade de aperfeiçoar a forma pela qual a permissão de uso tem sido concedida, conforme será tratado nos tópicos seguintes.

4.3 Da análise do atual modelo de loteamentos fechados

Antes de apresentar a juridicidade dos loteamentos fechados, faz-se mister uma análise do atual modelo desses núcleos habitacionais e de suas incongruências com o sistema jurídico brasileiro – as quais têm gerado conflitos e lides –, com vistas a aclarar os equívocos e encontrar uma solução que não signifique, jamais, o sacrifício da segurança jurídica.

4.3.1 Dos princípios constitucionais da legalidade e da liberdade associativa

O atual modelo de loteamento fechado tem como principal característica a sua forma de administração, desempenhada por uma Associação de Proprietários. Esta desempenha o papel do Poder Público, exercendo poderes de administração que consistem na realização de serviços públicos, tais como vigilância, limpeza e conservação das ruas, praças e demais logradouros públicos no loteamento, incluindo reparos na iluminação pública e, possivelmente, serviços de saneamento.

Alguns desses serviços são realizados por pessoal contratado pela Associação de Proprietários. Outros são realizados por empresas especializadas, inclusive concessionárias, mediante a contraprestação do pagamento da tarifa pública.

Para o desempenho dessas atividades, a Associação de Proprietários necessita de recursos, os quais são angariados pela contribuição dos proprietários dos imóveis no loteamento fechado, independentemente de serem ou não associados, de concordarem ou não com a existência do loteamento fechado, de assentirem ou não com a assunção de obrigações em nome da associação ou em nome dos proprietários. Exatamente nesse ponto reside a crítica em âmbito constitucional ao atual modelo de loteamentos fechados, que, aliás, tem sido o principal problema verificado nesse modelo habitacional e o único efetivamente enfrentado pelo Poder Judiciário até o momento.

A Constituição Federal de 1988, no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, art. 5.º, dispõe, no inc. II, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e no inc. XX, que "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado". Temos no inc. II o *princípio da legalidade* e, no inc. XX, o *princípio da liberdade associativa*.

Para Alexandre de Moraes (2001, p. 67), o princípio da legalidade "visa combater o poder arbitrário do Estado. *Só por meio das espécies normativas* devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, *podem-se criar obrigações para o indivíduo*".

Ainda, segundo Alexandre de Moraes, "com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de *repelir injunções que lhe*

sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, '*a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei*'" (grifamos).[15]

A propósito, ao discorrer sobre o princípio da legalidade, José Afonso da Silva situa-o debaixo do Capítulo "Garantias constitucionais individuais" e esclarece: "O *princípio da legalidade* é nota essencial do Estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito (...) Sujeita-se ao *império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à *lei*, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei" (Silva, 2004, p. 418-419 – grifos nossos).

Mais adiante, José Afonso da Silva acrescenta: "Do que se disse acima, já se dessume que a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69)" (Silva, 2004, p. 402).

Quanto ao *princípio da liberdade associativa*,[16] Jorge Miranda, citado por Alexandre de Moraes, ensina que: "I – O direito de associação apresenta-se como um direito complexo, com múltiplas dimensões – individual e institucional, positiva e negativa, interna e externa – cada qual com a sua lógica própria, complementares uma das outras e que um sistema jurídico-constitucional coerente com princípios de liberdade deve desenvolver e harmonizar. II – Antes de mais, é um direito individual, positivo e negativo: (1.º) O direito de constituir com outrem associações para qualquer fim não contrário à lei penal e o direito de aderir a associações existentes, verificados os pressupostos legais e estatutários e em condições de igualdade; (2.º) O direito de não ser coagido a inscrever-se ou a permanecer em qualquer associação, ou pagar quotizações para associação em que se não esteja inscrito, e, no limite, o direito de deliberar a dissolução da associação a que se pertença. Este direito tem a natureza de liberdade enquanto não implica, para nenhum efeito, a dependência de autorização de qualquer tipo ou de qualquer intervenção administrativa. III – Revela-se depois um direito

15. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67.
16. José Afonso da Silva (2004, p. 92-93) esclarece que os "*princípios político-constitucionais* – constituem-se daquelas decisões fundamentais concretizadas em normas fundamentadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, *normas-princípio*, isto é, 'normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social'".

institucional, a liberdade das associações constituídas (...)" (Moraes, 2001, p. 96).

As disposições constitucionais e a posição incontroversa da doutrina sobre os *princípios da legalidade e da liberdade associativa* deixam patente que nenhuma pessoa pode ser compelida a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei, como, *v. g.*, ser compelida a submeter-se às regras de um modelo habitacional instituído à margem da lei, que inclui pagar contribuição em favor de Associação de Proprietários da qual não é associada, ou pagar prestação de serviços que não contratou, se não há lei que a obrigue a isso.

O contrário seria manifesta violação dos princípios constitucionais da legalidade e da liberdade associativa. Mais que isso: significaria a implantação da insegurança jurídica, na medida em que normas e princípios jurídicos expressos possam ser flagrantemente violados.

Destarte, a implantação de um modelo de loteamento fechado aceitável e em condições de ser acolhido no Registro de Imóveis, com todas as vantagens que isso encerra, não pode estar eivado de inconstitucionalidade.

Por outro lado, as disciplinas pertinentes às associações, contidas nos arts. 53 a 61 do CC, não dão guarida à possibilidade de uma associação regular obrigações para não associados, visto que o art. 54, *caput* e inc. III, estabelece que "sob pena de nulidade, o estatuto conterá os direitos e deveres dos associados", não vislumbrando, portanto, a hipótese de o estatuto estabelecer direitos e deveres para não associados, nem mesmo supletiva ou concomitantemente aos dos associados, de sorte que qualquer previsão estatutária em desconformidade com os requisitos legais (e esta seria uma hipótese), eiva de nulidade o estatuto, e, por via de conseqüência, obsta o registro do ato constitutivo da Associação no competente Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 144, I, e art. 115, *caput*, e parágrafo único, da Lei 6.015/73).

A esse respeito, Caio Mário da Silva Pereira esclarece: "A matéria a ser contida no estatuto é explicitada em nosso direito positivo desde a Lei 173, de 10.09.1893, e vem ora elencada, taxativamente, no art. 54 do CC: (...) Há evidente interesse social em que a sua constituição e funcionamento sejam conhecidos, tornados públicos pelo registro" (Pereira, 2005, p. 351).

No mesmo sentido é a lição de Sílvio de Salvo Venosa: "O art. 54 estatui os requisitos obrigatórios que devem constar dos estatutos da associação: (...) Outras disposições podem ser acrescentadas, mas essas são essenciais. Os estatutos constituem a lei orgânica da entidade. É norma obrigatória *para os fundadores da associação e de todos aqueles que no futuro dela venham participar*. A vontade dos novos membros manifesta-se pela adesão à associação e aos regulamentos que a compõem" (Venosa, 2005 – grifo nosso).

Logo, é improvável que algum estatuto das Associações dos Proprietários dos loteamentos fechados, devidamente registrado, contenha previsão de direitos e deveres de *não* associados.

Disso resulta que ou as Associações dos Proprietários nos loteamentos fechados não possuem registro, e, desta feita, não possuem existência legal (art. 45, primeira parte, do CC; art. 119 da Lei 6.015/73), e, portanto, seus atos não surtem efeitos contra terceiros (os não associados), ou estão atuando

em desconformidade com a lei e com seus estatutos, o que fragiliza a estrutura administrativa dos loteamentos fechados, uma vez que qualquer cobrança de contribuição de proprietário não associado estará em desacordo com a lei e com os estatutos da própria associação.

Por sua vez, "a qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser em contrário", nos termos do art. 56, *caput*, do CC. Ademais, o parágrafo único desse artigo esclarece que "se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de *per si*, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto".

Em ambos os casos há que se entender que "disposição diversa do estatuto" diz respeito tão-somente à possibilidade de o estatuto consentir que seja atribuída a qualidade de associado ao terceiro, naquelas condições, sem prejuízo, evidentemente, do direito deste *não permanecer associado*, ou *não aceitar* essa qualidade, com fulcro no princípio constitucional da liberdade associativa, assegurado, igualmente, a todos os associados.

Por fim, não é demais frisar que a regularidade da Associação de Proprietários exige sempre a associação dos novos proprietários, o que constitui um sério problema, dada a impossibilidade da associação compulsória.

Assim, embora o loteador possa condicionar a venda dos lotes ao reconhecimento do adquirente da existência da Associação de Proprietários e à concordância em pagar o valor da contribuição fixada para o custeio do loteamento fechado, esse compromisso não obriga o próximo adquirente do imóvel integrante do loteamento fechado, salvo se este aceitar a transmissão dessa responsabilidade.

Mesmo considerando-se que o art. 29 da Lei 6.766/79 estabelece que "aquele que adquirir a propriedade loteada mediante ato *inter vivos*, ou por sucessão *causa mortis*, sucederá o transmitente em todos os seus direitos e obrigações", naturalmente esses "direitos e obrigações" não incluem obrigações junto à Associação de Proprietários.

4.3.2 Das fontes das obrigações

Arnoldo Wald, sob a égide do Código de 1916, apresentou as seguintes considerações acerca das fontes das *obrigações*: "Temos, pois, atualmente, como fonte das obrigações, no direito civil brasileiro, os atos jurídicos (unilaterais e bilaterais), os atos ilícitos, que geram a responsabilidade civil e a lei. Ato jurídico é a declaração de vontade que pode revestir a forma unilateral (título ao portador, proposta com tempo certo, promessa de recompensa) bilateral ou plurilateral (contratos em geral).

'O ato ilícito que substituiu os delitos e quase-delitos é a violação, culposa ou dolosa, da lei, que causa e impõe o dever de ressarcir o prejuízo. Pouco importa que haja culpa ou dolo, que a atividade do responsável tenha sido direta ou indireta. A lei, finalmente, gera obrigações entre parentes, entre vizinhos e entre pessoas de algum modo relacionadas'" (Wald, 2001, p. 85).

Continuando, Arnoldo Wald aponta o enriquecimento sem causa como uma 'fonte especial de obrigação', e, esclarece, que o Código Civil de 1916 não deu tratamento direto ao assunto, muito embora a regra básica desse tipo de obrigação fosse encontrada nos casos de "acessão de imóveis (arts. 536 a 549), de especificação (arts. 611 e ss.), de confusão (art. 615), da invenção (art. 603) e outros" (Wald, 2001, p. 86).

Destacando os elementos identificadores, as cautelas e as situações típicas desse tipo de obrigação, Arnoldo Wald diz:

"Os elementos são: o empobrecimento de uma pessoa (que pode ser também um dano moral) e o enriquecimento correlato de outra, sem razão jurídica. Pode, a rigor, não haver empobrecimento, mas enriquecimento à custa de outrem, como no caso de aproveitamento de um direito da personalidade alheia (como a utilização não autorizada da imagem para fins comerciais) (...) Destarte, havendo relação entre prejudicado e enriquecido, cabe a ação de enriquecimento ou de locupletamento (em latim chamada de *actio in rem verso*), entendendo os autores que *só deve ser na falta de outra adequada.*

"*Situações:* Apontam-se várias situações jurídicas em que cabem as regras do enriquecimento sem causa: 1. A dos deslocamentos da propriedade de uma para outra pessoa, que deve restituir a coisa ou, não podendo fazê-lo, indenizar; é o caso da construção em terreno alheio: se impossível demolir (ou muito danoso) e se é pequena a parte ocupada, cabe indenizar o dono do terreno desfalcado, ocorrendo uma espécie de expropriação privada. 2. O caso em que deixou de haver justa causa (como o objeto perdido em poder do vendedor, antes da entrega, em que este recebera o preço, o qual deve restituir). 3. O caso das intromissões em direito alheio, como o uso indevido dos bens alheios, com ou sem dolo, condenando-se o enriquecido a repor o equivalente ao titular do direito. 4. O caso de pagamentos feitos a credores aparentes ou incapazes, em que o terceiro beneficiado deve restituir (...).

'Nos casos citados, temos os pressupostos da ação: 1. o enriquecimento ou locupletamento de alguém; 2. à custa de outrem; 3. sem causa legítima; e 4. o nexo entre o enriquecimento e o atingimento do direito alheio'" (Wald, 2001, p. 86-87 – grifos do original).

Caio Mário diz que "a obrigação decompõe-se em três elementos: *sujeito, objeto e vínculo jurídico*". No que mais interessa a este trabalho – o vínculo jurídico –, esclarece que "é no *vinculum iuris* que reside a essência abstrata da obrigação, o poder criador de um *liame* por cujo desate o indivíduo respondia outrora com a sua pessoa e hoje com seu patrimônio" (Pereira, 2005, v. 2, p. 14).

Prosseguindo, Caio Mário resume a duas as fontes das obrigações:

"A primeira é a *vontade humana*, que as cria espontaneamente, por uma ação ou omissão oriunda do querer do agente, efetuado em conformidade do ordenamento jurídico. A segunda é a *lei*, que estabelece obrigação para o indivíduo, em face de comportamento seu, independentemente de manifestação volitiva" (Pereira, 2005, v. 2, p. 37-38 – grifos nossos).

Sílvio Rodrigues, por sua vez, classifica as fontes das obrigações do seguinte modo: "a) obrigações que têm por fonte imediata a vontade humana; b) obriga-

ções que têm por fonte imediata o ato ilícito; c) obrigações que têm por fonte direta a lei" (Rodrigues, 2000, v. 2, p. 10).

Sílvio de Salvo Venosa entende que "a *lei* é sempre fonte imediata das obrigações. Não pode existir obrigação sem que a lei, ou, em síntese, o ordenamento jurídico, a ampare. Todas as demais 'várias figuras' que podem dar nascimento a uma obrigação são fontes mediatas" (Venosa, 2003, v. 2, p. 74).

Ainda no que concerne às fontes das obrigações, Venosa diz que o atual Código Civil "menciona os contratos, os atos unilaterais e o ato ilícito", devendo "ser lembrado, também, que esse diploma traz disposições expressas a respeito do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886) e do abuso de direito (art. 187), equiparando-o ao ato ilícito" (Venosa, 2005, v. 2, p. 75).

De modo que, das lições dos renomados mestres, pode-se inferir que as obrigações exigem sempre um liame jurídico entre o sujeito ativo e o sujeito passivo da obrigação, liame jurídico que poderá ser uma imposição legal, uma manifestação de vontade, alguma ação ou omissão ilícita do sujeito passivo, consistindo em "violação de um dever jurídico" (Cavalieri, 2002, p. 21).

Fica evidente, portanto, que no caso dos loteamentos fechados não há esse liame jurídico, visto que os serviços e benfeitorias são realizados em bens públicos, em relação aos quais o particular não tem nenhum dever de realizar manutenção ou melhoramento, não podendo, de outro lado, impedir que outros façam neles as benfeitorias necessárias.

De modo que o princípio do enriquecimento sem causa carece de pressuposto básico para dar sustentação à cobrança das contribuições nos loteamentos fechados para aqueles que não são associados nem assumiram, de outra forma, essa obrigação.

Não obstante, a jurisprudência dominante dos tribunais estaduais tem entendido que incorre em enriquecimento sem causa aquele que, na qualidade de proprietário, deixa de pagar a contribuição fixada pela Associação de Proprietários nos loteamentos fechados, independentemente da qualidade de associado.

Nesse sentido, o TJRJ editou a Súmula 79, no Processo de Uniformização de Jurisprudência 12/2004.

Por outro lado, embora o STJ, a princípio, tenha se pronunciado a favor da cobrança da contribuição, independentemente da qualidade de associado, como ocorreu no acórdão proferido no AgRg ao REsp 490.419-SP (2003 0007665-8), pela 3.ª T., decisões mais recentes daquele Tribunal Superior apontam a tendência de não reconhecer a cobrança da contribuição sem comprovação de um liame jurídico expresso entre a associação/sociedade e o proprietário, ou seja, *sem que* este tenha se filiado à associação, ou *sem que* haja um condomínio legalmente constituído, nos termos do art. 8.º da Lei 4.591/64. Esse entendimento ficou consignado, respectivamente, no acórdão proferido no EDiv em REsp 444.931-SP (2005 0084165-3), pela 2.ª Seção, e no acórdão proferido no REsp 623.274-RJ (2004/0007642-4), de 07.05.2007, pela 3.ª T.

De sorte que o princípio do enriquecimento sem causa não constitui base irrefutável da juridicidade da cobrança da contribuição de custeio pelas Associações de Proprietários envolvendo proprietários não associados nos loteamentos

fechados. Destarte, a fragilidade desse fundamento revela a necessidade de se encontrar melhor sustentação jurídica para assegurar essa cobrança, inclusive para viabilizar a constituição do regime (que inclui a cobrança do custeio) no Registro de Imóveis, cuja qualificação requer rigoroso exame da legalidade.

4.3.3 Miscelânea de loteamento e condomínio edilício

Por fim, alguns têm defendido o nascimento das obrigações dos proprietários de imóveis nos loteamentos fechados[17] no disposto no Dec.-lei 271, de 28.02.1967, mormente do art. 3.º, *caput*, e § 2.º, que dizem:

"Art. 3.º Aplica-se aos loteamentos a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infra-estrutura à construção da edificação.

(...)

§ 2.º O loteamento poderá ser dividido em etapas discriminadas, a critério do loteador, cada uma das quais constituirá um condomínio que poderá ser dissolvido quando da aceitação do loteamento pela Prefeitura".

É induvidoso que as disposições do art. 3.º do Dec.-lei 271/67 podem conduzir o intérprete a equívocos quanto aos institutos do loteamento e do condomínio edilício, sobretudo se a exegese se pautar em pré-conceitos ou conceitos tendenciosos, levando-o a crer que a equiparação igualou os institutos e deu-lhes roupagem similar no que tange à sua constituição e regulação.

Este não é o caso. Basta ver que o loteamento é regulado pela Lei 6.766/79 (portanto, posterior ao Dec.-lei 271) e o condomínio edilício pela Lei 4.591/64, e agora também pelos arts. 1.331 a 1.346 do CC, tendo cada instituto características distintas.

Contudo, em ambos os institutos, loteador e incorporador são empresários que parcelam o solo, de acordo com as regras de cada instituto, para oferta pública, havendo obrigações e responsabilidades a serem cumpridas, principalmente pelos empreendedores, mas também pelos adquirentes (compradores de lotes e condôminos, respectivamente).

A Lei 4.591/64 (mais recente que o Dec.-lei 58, de 10.12.1937) dispôs de forma mais objetiva e consentânea com a realidade moderna (sobretudo quanto à proteção da economia popular), a questão dos direitos e obrigações envolvendo esses tipos de empreendimentos, e o Dec.-lei 271/67 buscou suprir as deficiências da lei que regulava os loteamentos (Dec.-lei 58/37), equiparando os sujeitos (loteador x incorporador; comprador de lote x condômino) e as obrigações nesses institutos (obras de infra-estrutura, no loteamento x construção

17. O Creci de Santa Catarina, em *Legislação de empreendimentos imobiliários em Santa Catarina* – Loteamentos e condomínios, tópico 8.2.3, diz que o loteamento fechado "é feito com o fechamento das vias públicas e as áreas institucionais poderão ser utilizadas pelos moradores via dispositivo legal do art. 7.º do Decreto-lei Federal 271, de 28.02.1967, com autorização do Poder Legislativo Municipal". S.m.j., há equívoco na informação. O art. 7.º do Dec.-lei 271/67 trata da "concessão de direito real de uso", aplicável tão-somente aos bens dominicais, e nunca aos bens de uso comum do povo ou de uso especial.

das edificações, no condomínio), dentro da realidade de cada instituto, sem que fosse necessária a alteração da própria lei dos loteamentos, e sem alterar a natureza dos institutos.

Aliás, a certeza de que a equiparação entre loteamento e condomínio edilício, nos termos do Dec.-lei 271/67, não significa autorização para se adotar um modelo para alcançar o outro é demonstrada (por linhas travessas) pelos próprios defensores dessa idéia, pois, ao passo que defendem a realização das obras de infra-estrutura para justificar o condomínio de lotes, não defendem a construção das unidades para justificar o loteamento, que seria a lógica mais aceitável da equiparação, já que o dispositivo legal diz que "aplica-se aos loteamentos a Lei 4.591, de 16.12.1964", e não o contrário.[18]

Do mesmo modo, o fato de o § 2.º do art. 3.º do Dec.-lei 271/67 estabelecer que na hipótese de o loteador dividir o loteamento em "etapas discriminadas" cada uma dessas etapas "constituirá um condomínio", não significa criar conexão entre loteamento e condomínio, pois a parte final do referido dispositivo prevê que "o condomínio poderá ser dissolvido quando da aceitação do loteamento pela Prefeitura". Por outro lado, condomínio edilício não deixa de ser condomínio com a aprovação do projeto respectivo. Ao contrário: a aprovação é base para sua regular existência.

Assim, o sentido do aludido § 2.º melhor se afigura com o de esclarecer que enquanto não houver a aceitação do loteamento pela Prefeitura as áreas continuam a ser exclusivamente privadas e o seu parcelamento obedecerá à disciplina aplicada ao condomínio. A expressão "o condomínio poderá ser dissolvido" tem o sentido não de conferir prerrogativa ao empreendedor da dissolução do condomínio, mas de apontar a conseqüência jurídica da aceitação do loteamento pela Prefeitura, a saber: enquanto o empreendimento não possuir áreas públicas o parcelamento do solo é tido como um condomínio, posto que constituído somente de áreas privadas. Uma vez aceito o loteamento pela Administração Municipal, nascem as áreas públicas e desfaz-se o condomínio.

Portanto, a *mens legis* é que não há óbice quanto a que o "condomínio [seja] dissolvido quando da aceitação do loteamento pela Prefeitura", pois as áreas comuns do empreendimento passam a integrar o patrimônio público, como indica o art. 4.º, o qual estabelece que "desde a data da inscrição do loteamento passam a integrar o domínio público do Município as vias e praças e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial *descritivo*".

De outro lado, não há nesses dispositivos qualquer alteração das características de loteamento, tal como definidas no Dec.-lei 58/37, tampouco indicação de que o Dec.-lei 271/67 tenha criado espécie de simbiose de loteamento e condomínio, ou estabelecido base para essa simbiose.

18. Tatiana Passos, no artigo Condomínios fechados com construção por livre escolha dos condôminos – Aplicação da Lei 4.591/64 e Dec.-lei 271/67, divulgado no *Boletim Cartorário, DLI*, edição 20, ano 2004, *data venia*, comete equívoco ao fazer interpretação extensiva do Dec.-lei 271/67, para justificar "condomínios de lotes".

O que o Dec.-lei 271/67 mostra clara e simplesmente é que, enquanto não houver aceitação do parcelamento do solo pela Prefeitura como loteamento, esse parcelamento do solo será regido pela Lei 4.591/64, equiparando-se os sujeitos e objetos desses institutos para os devidos fins, os quais, naturalmente, não são o de mesclar os institutos.

Nesse sentido, Toshio Mukai, citado por Lêda Granja,[19] esclarece que tem ocorrido na prática a implantação desses empreendimentos de forma ilegal. Sob a égide da legislação anterior que regia os loteamentos – Decretos-leis 58/37 e 271/67, começaram a surgir – nos principais centros urbanos do país – os denominados "loteamentos fechados" ou "loteamentos em condomínios", como uma nova forma de empreendimento imobiliário.

Ainda segundo Toshio Mukai, na citação de Lêda Granja, tem sido observada a ocorrência de duas hipóteses distintas nas tentativas legais dessa adaptação: na primeira hipótese, uma gleba é dividida em frações ideais, e, na segunda, a gleba é dividida em unidades juridicamente autônomas, às quais se vinculam frações ideais das partes comuns. Entende que nas duas hipóteses existem elaborações juridicamente equivocadas que não podem prosperar. Na primeira, a invocação da Lei 4.591/64 não é válida, posto que a característica condominial desta não se perfaz senão com a conjugação dos elementos edificação e terreno. Não subsiste nela o terreno independentemente da edificação. Já na segunda hipótese, a elaboração é totalmente ilegal, porque a adaptação é despropositada, do ponto de vista jurídico. A Lei 6.766/79 impede a existência de um esquema jurídico desse tipo, posto que, em sendo a gleba dividida em unidades juridicamente autônomas, já temos aí configurado um loteamento.

Para Gasparini, também citado por Lêda Granja,[20] tais loteamentos ("loteamentos em condomínio") não encontram arrimo legal nas disposições concernentes ao condomínio prescritas no Código Civil, tampouco na Lei Federal 4.591/64, pois a lei de condomínio só se aplica se a hipótese considerada consubstanciar uma edificação.

Desse modo, não se pode usar a equiparação do Dec.-lei 271/67 para justificar a assunção de obrigações dos adquirentes de lotes quanto ao custeio direto dos bens públicos integrantes do loteamento, pois essas obrigações não integram a lei que regula os loteamentos nem compõem as obrigações comuns desse instituto.

Contudo, o fato de o atual modelo de loteamento fechado encontrar-se destituído de sustentação legal sólida não significa, necessariamente, ausência de fundamentos jurídicos suficientes para conferir aos loteamentos fechados regularidade e sustentabilidade, inclusive quanto à cobrança das contribuições de custeio, independentemente da existência de associação ou de filiação a uma associação.

19. GRANJA, Lêda Virginia Aguiar de Carvalho. Op. cit., p. 341-342.
20. Idem, p. 340.

5. Rumando para a juridicidade dos loteamentos fechados

5.1 Considerações preliminares

Está claro que o atual modelo dos loteamentos fechados é imperfeito, o que faz nascer a necessidade de reformá-lo, visando conferir aos loteamentos fechados a legitimidade devida, mediante a utilização dos institutos jurídicos próprios, sem remendos e distorções, de sorte a conferir segurança jurídica a todos os envolvidos – direta e indiretamente, presentes e futuros.

Contudo, a delimitação do que pode ser reformulado no modelo atual deve levar em conta que cada Município e área a ser loteada muitas vezes têm peculiaridades distintas, reduzindo, desta feita, os pontos comuns, basilares de um modelo.

Por esta razão, o estudo das questões envolvendo a configuração de um modelo jurídico de loteamento fechado deve ser feito à parte do estudo das questões urbanísticas, que dizem respeito à própria viabilidade do parcelamento do solo e antecedem as circunstâncias que envolvem os loteamentos fechados, não guardando com estes, portanto, uma relação direta, mas tão-somente consectária.

As questões urbanísticas dizem respeito à "política de desenvolvimento urbano" e se encontram na álea da discricionariedade das autoridades municipais, que terão de enfrentar essas questões balizadas pelas normas gerais do Estatuto da Cidade e pelas normas específicas da Lei do Parcelamento do Solo, seja nos loteamentos ordinários, nos loteamentos fechados, nos desmembramentos e nos remembramentos de lotes (art. 2.º da Lei 6.766/79).

Por outro lado, as questões relativas à configuração de um modelo para os loteamentos fechados têm a ver com o uso e a administração dos bens públicos e com as fontes das obrigações nas relações jurídicas envolvendo os imóveis negociados nesses empreendimentos, que têm sido os pivôs de todas as controvérsias envolvendo os loteamentos fechados.

Logo, o estudo de um modelo adequado aos loteamentos fechados terá que se alhear das questões urbanísticas. Deve concentrar-se apenas na legitimidade da forma de transferência da administração dos bens públicos e do seu custeio, bem como nas questões relativas às obrigações decorrentes da aquisição de imóveis nesses núcleos habitacionais, com vista a preservar a probidade e a boa-fé dos negócios jurídicos respectivos (art. 422 do CC).

5.2 Da desnecessidade de afetação ou desafetação dos bens públicos

Antes de apresentar o "modelo" jurídico adequado para os loteamentos fechados, é preciso esclarecer que isso não exige qualquer desafetação dos bens públicos do loteamento.

De Plácido e Silva (2002) define *afetação* como a "oposição de *encargo ou ônus* a um prédio ou bem, e que se destina à segurança de alguma obrigação ou dívida, à utilidade pública, ou ao uso público", esclarecendo que "a afetação imposta a um bem qualquer, desse modo, vem indicar ou determinar o *fim* a que ele se destina ou para o qual será utilizado", e *desafetação* como "o vocábulo

empregado para exprimir o ato pelo qual o Poder Público *desclassifica* a qualidade de *coisa pública*, para permiti-la apropriável".

Diógenes Gasparini, por sua vez, esclarece: "(...) se adquiridos para a implantação de uma praça ou rua, integrarão a categoria dos bens de uso comum do povo, mas se adquiridos para abrigarem um serviço público (serviço funerário, de abastecimento de água), integrarão a espécie dos bens de uso especial, e, se adquiridos sem qualquer finalidade, pertencerão à modalidade dos dominicais. Diz-se, então, que os bens alojados nas duas primeiras categorias estão *consagrados, destinados ou afetados* a uma finalidade e que os da última espécie não estão consagrados, destinados ou afetados a qualquer finalidade.

"A mudança de um bem de uma das duas primeiras categorias (bem de uso comum do povo e bem de uso especial) para a dos bens dominicais chama-se *desconsagração* ou *desafetação*. Destarte, *desconsagrar* ou *desafetar* é retirar do bem a destinação (uso comum do povo ou uso especial) que se lhe atribuíra por ato administrativo ou lei. A desafetação pode acontecer por *fato jurídico, ato administrativo* ou *lei*. Uma creche, por exemplo, bem de uso especial, perde essa destinação se em razão de um terremoto vier a ser destruída. É a desafetação por fato jurídico. Se o desaparecimento (demolição) da referida unidade assistencial for determinado pela Administração Pública, também ocorre a desafetação. É a desafetação por ato administrativo. Ainda, se mediante ato legislativo for retirada de um bem, destinado ao lazer da população, essa consagração, há desafetação, a chamada desafetação por lei" (Gasparini, 1995, p. 475) (grifos do original).

As definições e explicações supra deixam claro que afetação é vinculação de um bem a um fim e desafetação é desvinculação de um bem a um fim.

Porém, a outorga de permissão ou concessão para administração de bens públicos, mesmo os de uso comum do povo, como é o caso das estradas (art. 99, I, do CC), através dos pedágios, não implica alteração da natureza do bem, desde que sejam mantidos a finalidade e o uso a que está destinado.

Ora, os espaços utilizados como ruas e praças nos loteamentos fechados *não* perdem essa finalidade e destinação pelo fato de a Administração Municipal autorizar o fechamento do núcleo habitacional. Isso fica bastante evidente no fato de que, por exemplo, não será possível construir uma escola ou uma creche pública numa praça. Essas instituições devem ser instaladas nos bens públicos de uso especial, salvo, evidentemente, se a área da praça for desvinculada dessa finalidade (desafetada) e vinculada (afetada) à finalidade de escola ou creche pública, mediante lei especial.

Aliás, esse o magistério de Carvalho Filho:

"O tema de afetação e da desafetação *diz respeito aos fins para os quais está sendo utilizado o bem público*. Se um bem está sendo utilizado para determinado fim público, seja diretamente do Estado, seja pelo uso dos indivíduos em geral, diz-se que está *afetado* a determinado fim público. Por exemplo: uma praça, como bem de uso comum do povo, se estiver tendo sua natural utilização sera considerada um bem afetado ao fim público. O mesmo se dá com um ambulatório público: se no prédio estiver sendo atendida a população com o serviço de assistência médica e ambulatorial, está ele também afetado a um fim público" (Carvalho Filho, 2003, p. 879).

Por outro lado, a jurista e juíza federal Lucia Valle Figueiredo, citada no parecer Bens públicos de loteamentos e sua proteção legal, de junho de 1996, do ilustre membro do Ministério Público de São Paulo, José Carlos de Freitas, esclarece que "é dever do Município o respeito a essa destinação, não lhe cabendo dar às áreas que, por força da inscrição do loteamento no Registro de Imóveis, passaram a integrar o patrimônio municipal qualquer outra utilidade. Não se insere, pois, na competência discricionária da Administração resolver qual a melhor finalidade a ser dada a estas ruas, praças etc. A destinação já foi preliminarmente determinada" (*Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: RT, 1980. p. 41).

De sorte que, além da inviabilidade da desafetação dos bens públicos institucionais dos loteamentos, por razões legais,[21] não resta dúvida de que sempre que um bem público continua vinculado à mesma finalidade (rua que continua rua, e praça que continua praça), não há que se falar em desafetação, ainda que se estabeleça alguma restrição ao uso do bem, por razões especiais.

Logo, a afetação é caracterizada pelo uso do bem, que por sua vez qualifica a natureza do bem público como de uso comum do povo ou como de uso especial (art. 99 do CC/2002).

5.2.1 Distinção entre natureza do bem público e natureza do uso

Por outro lado, é preciso distinguir *natureza do bem* público, que é qualificada pelo uso, de *natureza do uso do bem* público, que pode ter qualificação distinta daquela da natureza do bem.

Por exemplo, as rodovias pedagiadas são bens públicos de uso comum do povo. No entanto, não se pode negar que seu uso é especial, na medida em que o usuário está sujeito ao pagamento do pedágio.

Essa condição (o pagamento do pedágio) não altera a natureza da rodovia como bem público de uso comum do povo, mas seu uso passa a ser especial, pois requer, para tanto, o pagamento do pedágio, diferentemente de uma rodovia não pedagiada, onde não existe essa condição exclusiva para o tráfego.

Carvalho Filho diz que "*uso comum* é a utilização de um bem público pelos membros da coletividade sem que haja discriminação entre os usuários, nem consentimento estatal específico para esse fim", e que "*uso especial* é a forma de utilização de bens públicos em que o indivíduo se sujeita a regras específicas e

21. José Carlos de Freitas, 22.º Promotor de Justiça de São Paulo, Capital, no parecer intitulado Bens públicos de loteamentos e sua proteção legal, de junho de 1996, item 27, diz: "Já se reconheceu a *impossibilidade de desafetação* desses bens" (TJSP, 3.ª Câm. Civ., ApCív 205.577-1-Presidente Venceslau, rel. Des. Alfredo Migliore, j. 07.06.1994, v.u., *JTJ/LEX* 161/130; Sessão Plenária do TJSP, ADIn 17.067-0-São José dos Campos, rel. Des. Bueno Magano, j. 26.05.1993, v.u., *JTJ/LEX* 150/270; Sessão Plenária do TJSP, ADIn 16.500-0-Quatá, rel. Des. Renan Lotufo, j. 24.11.1993, m.v., *JTJ/LEX* 154/266), ainda que seja para fins de educação, como a construção de escola pública municipal (*JTJ-LEX* 152/273), posto que são inalienáveis a qualquer título (*RT* 318/285).

consentimento estatal, ou se submete à incidência da obrigação de pagar pelo seu uso" (Carvalho Filho, 2003, p. 893-894).

Nesse sentido, o Código Civil, art. 103, diz que "*o uso comum* dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem".

Explicando o art. 103 do CC, Carvalho Filho diz que, "embora o texto se refira a *uso comum*, deve interpretar-se o adjetivo *comum* como significando que as pessoas em geral têm acesso ao bem. Por isso, quando esse *uso comum* for *retribuído*, o acesso é limitado ao pagamento da retribuição, e, se assim é, passamos a ter forma de *uso especial*".

E conclui: "Tanto os bens de uso comum como os de uso especial podem estar sujeitos a uso especial remunerado. O pagamento de pedágio em estradas rodoviárias e em pontes e viadutos é um exemplo de uso especial de bem de uso comum do povo. Um museu de artes pertencentes ao Governo, cujo ingresso seja remunerado, é exemplo de bem de uso especial sujeito a uso especial" (Carvalho Filho, 2003, p. 894).

Assim, a implantação de um modelo legal de loteamento fechado não implica qualquer alteração da natureza dos bens públicos existentes no empreendimento, mediante afetação ou desafetação, pois aqueles bens continuam afetados aos mesmos fins definidos na lei do parcelamento do solo e constantes do projeto do loteamento. A questão tem a ver, tão-somente, com a *natureza do uso* dos bens.

5.3 *Da permissão de uso para viabilidade dos loteamentos fechados*

O art. 175 da CF/88 diz que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*".

O art. 1.º da Lei 8.987, de 13.02.1995, diz: "As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos".

Disso resulta que nenhum serviço público pode ser prestado legalmente sem que tenha havido licitação e sem que o Poder Público firme um contrato – em caso de concessão ou de permissão[22] – para a realização de serviços públicos.

22. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 903, diz que "a autorização e a permissão se formalizam por *atos administrativos*". Na p. 333, porém, o mesmo autor diz que "permissão de serviço público é o *contrato administrativo*", esclarecendo em nota (n. 96), que "em edições anteriores" conceituara a permissão de uso "como ato administrativo, natureza que sempre teve. Mas, (...) somos forçados a aceitar a qualificação que a Lei 8.987/95 conferiu ao instituto no art. 40 – contrato de adesão – por mais imprópria que se possa considerar". Assim, tudo indica que os esclarecimentos da p. 903 da obra de Carvalho Filho não foram atualizados à nova posição do autor.

O art. 2.º da Lei 8.987/95, inc. II, define *concessão de serviço público* como "a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, *mediante licitação*, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado", e, no inc. IV, define *permissão de serviço público* como "a delegação, a título precário, *mediante licitação*, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco".

Serviço, nos termos do art. 6.º, *caput* e inc. II, da Lei 8.666/93, é "toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, *conserto*, *instalação*, *montagem*, operação, *conservação*, *reparação*, adaptação, *manutenção*, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou *trabalhos técnicos-profissionais*".

Quanto ao tipo de serviço público que poderá ser objeto de permissão, a lei não faz ressalva, esclarecendo, contudo, que a delegação do serviço será "a título precário, *mediante licitação*", a pessoa (física ou jurídica) "que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco".

Porém, de acordo com a Lei 8.987/95, tanto a "concessão" como a "permissão" visam "a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido" na própria Lei 8.987/95, "nas demais normas pertinentes e no *respectivo contrato*" (art. 6.º, *caput*).

Ainda segundo a Lei 8.987/95, serviço adequado é "o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e *modicidade das tarifas*" (§ 1.º do art. 6.º).

Vê-se, pois, que há vários requisitos para a descentralização dos serviços públicos, dentre os quais se destacam:

a) licitação, tanto para a concessão como para a permissão de serviços públicos, exigindo-se a modalidade de concorrência quando se tratar de concessão;

b) idoneidade do concessionário, ou permissionário para o desempenho do serviço, por sua conta e risco.

Dessa sorte, desde logo fica patente não ser possível descentralizar serviços públicos, por concessão ou permissão, sem licitação, salvo nas hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93 e art. 24 da Lei 9.648/98 (incluindo-se o desinteresse na contratação verificado em licitação anterior), em virtude dos elevados princípios que regem o interesse público.

A forma adequada de preservar esses interesses é a licitação, posto que, nos termos do art. 3.º da Lei 8.666/93, a licitação "destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos".

Dentre os serviços a serem prestados pelo Poder Público num loteamento estão os de "*conserto, conservação, reparação, manutenção*", os quais exigem capacitação técnica para sua realização e devem ser prestados com "*regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade*, generalidade e *modicidade das tarifas*".

Esses serviços devem ser prestados mediante seleção da proposta "mais vantajosa para a Administração", que deve levar em conta o interesse público e o bem comum de todos os envolvidos nesse tipo de delegação de serviços, mormente os proprietários de imóveis nos loteamentos, tendo em mira a qualidade dos serviços prestados e a modicidade das tarifas.

Ademais, o procedimento licitatório possibilitará ao Poder Público Municipal fiscalizar o valor cobrado dos proprietários de imóveis para o custeio da implantação, manutenção, reparação e conservação desses bens e serviços, como definidos em lei, evitando-se desmandos com a economia pública e o descontrole na administração dos bens e serviços públicos nos loteamentos fechados.

Com toda certeza, diferentemente do que ocorre nas rodovias pedagiadas, a cobrança do *preço público*, ou *taxa*,[23] para o custeio da implantação, manutenção, reparação, conservação e utilização dos bens e serviços públicos nos loteamentos fechados deve ser exigida tão-somente dos proprietários, ou daqueles que detiverem a posse direta ou o domínio útil dos imóveis nos loteamentos; nunca daqueles que ocasional ou eventualmente freqüentem o loteamento, como convidados ou autorizados pelos proprietários a ficarem em suas residências, ou daqueles que, por qualquer outra razão legítima, definida pela Administração Pública, estejam autorizados a trafegar por áreas públicas do loteamento. Ou seja: a responsabilidade do custeio não decorre da utilização dos bens públicos do loteamento em si, mas do vínculo do usuário com os bens particulares existentes no loteamento, independentemente do uso.

Nesse ponto, cabe apontar que seria apropriado ao Poder Público Municipal adotar, preferentemente, a permissão de uso para descentralizar a administração dos loteamentos fechados, tanto em razão da simplificação do processo licitatório quanto da precariedade do contrato de permissão,[24] que permite ao Poder

23. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 440, diz: "Não é fácil, nos domínios da ciência das finanças, estabelecer a diferença entre taxa e preço público. No âmbito jurídico, porém, a questão se resolve em admitir-se que a distinção entre atividade própria do Estado e atividades que podem ser exercidas por particulares há de ser formulada no plano político, vale dizer, há de ser fixada pelo Legislativo. Assim, admite-se que a lei estabeleça a fronteira entre a taxa e o preço, instituindo o que se pode entender como *taxa por definição legal*. Assim, temos que: a) se a atividade estatal situa-se no terreno próprio, específico, do Estado, a receita que a ela se liga é uma *taxa*; b) se a atividade estatal situa-se no âmbito privado, a receita a ela vinculada deve ser um *preço*; c) havendo dúvida, pode a lei definir a receita como *taxa* ou como *preço*".
24. Romeu Felipe Bacellar Filho (*Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 137 [Coleção Curso & Concurso]) diz: "A permissão era comumente caracterizada pela doutrina como ato administrativo unilateral, discricionário

Público rever a conveniência e oportunidade da medida, em razão das mudanças circunstanciais que o tempo pode revelar, indicativas da impossibilidade ou inoportunidade da mantença do regime.

5.3.1 Do momento e dos fatores de constituição do loteamento fechado

O Poder Público Municipal não mais ignora a existência dos loteamentos fechados, tampouco suas vantagens e seus principais dilemas, quase sempre envolvendo o valor cobrado dos proprietários para o custeio dos bens e serviços do loteamento e a questão do cerceamento do direito de livre acesso aos bens de uso comum do povo pela população em geral.

Por outro lado, ao Município compete comandar a política de desenvolvimento urbano segundo as diretrizes traçadas pelo Estatuto da Cidade, pelas normas da Lei Federal 6.766/79 e pelo Plano Diretor.

Dentro desse contexto, no qual os loteamentos fechados têm relevância, pode-se admitir que, dadas certas circunstâncias (v.g. impossibilidade de implantação e manutenção dos serviços no loteamento em razão de custo/distância), a constituição do loteamento fechado atenderá à conveniência da Administração Pública, e, em outras, nenhum prejuízo trará à política de desenvolvimento urbano.

Assim, os loteamentos fechados poderão ser constituídos como condição da Administração Pública Municipal para a aprovação do parcelamento do solo ou por opção do loteador.

A toda evidência, uma vez aprovado o loteamento sem essa condição, a Administração Pública não mais poderá impô-la, sem prejuízo, contudo, da possibilidade futura de constituição do regime de loteamento fechado mesmo nesse caso, conforme apontado mais adiante.

De qualquer modo, quando da solicitação da aprovação do parcelamento do solo mediante loteamento, e sendo hipótese de loteamento fechado (por escolha do loteador ou por exigência da Prefeitura), após constatada a viabilidade do parcelamento do solo (levando-se em conta questões urbanísticas e ambientais)

e precário (...) Enquanto ato, não necessitava de prévia licitação. Entretanto, o art. 175 da CF/1988, similarizando o instituto com a concessão, determinou a necessidade de licitação, além de que o parágrafo único do aludido mandamento atribuiu à permissão natureza contratual". A natureza contratual é também indicada no art. 40 da Lei 8.987/95, ao dizer que "a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão (...)". Em razão da natureza contratual da permissão, Felipe Bacellar (2005, p. 138) critica o legislador infraconstitucional pela referência à característica da precariedade do contrato de permissão (art. 2.°, IV, e art. 40 da Lei 8.987/95). Segundo ele, "é inadmissível e contraditória a proposta de que um contrato administrativo de permissão tenha prazo determinado e ao mesmo tempo seja considerado precário. Se prazo existe é para ser respeitado. Já a precariedade pressupõe outorga, alteração e revogação discricionárias sem obrigação de indenizar". Malgrado a contradição, a precariedade decorre da lei.

e a aprovação prévia do projeto do loteamento, a Administração Municipal poderá:

A) exigir do loteador apresentação de estudo detalhado dos custos necessários de administração dos bens públicos (ruas, praças, parques, áreas verdes e demais logradouros públicos) e de implantação e manutenção dos serviços públicos (vigilância, limpeza, reparos e outros indispensáveis a uma qualidade de vida digna aos moradores do respectivo loteamento). Isso possibilitará estabelecer o valor aproximado da contribuição que caberá a cada morador quando da instalação desses serviços;

B) mediante o cumprimento do disposto na letra "A", promover licitação para determinar a permissão de uso e o valor do preço público a ser aplicado na administração do loteamento fechado, cujo critério poderá ser o rateio do valor total do custo de manutenção pela área dos imóveis;

C) estabelecer, no contrato de permissão, que o permissionário somente ficará obrigado a cumprir os termos da permissão após a venda de 1/3 (um terço) da área dos lotes, e, ainda, que enquanto não for realizada a implantação dos serviços nos termos do contrato de permissão, nenhuma contribuição poderá ser cobrada dos proprietários de imóveis no loteamento;

D) prever, no contrato de permissão, a hipótese de o loteador arcar com os custos complementares necessários à implantação dos serviços de conservação e manutenção dos bens públicos do loteamento, quando a implantação desses serviços se tornar indispensável à habitação dos adquirentes de imóveis que construírem prédios residenciais ou comerciais, exigindo, ainda, do loteador, para garantir o cumprimento dessa obrigação, que preste caução de tantos lotes quantos necessários à realização da prestação.

Tudo quanto fizer parte do processo de liberação do loteamento fechado comporá o memorial do loteamento que será apresentado no Registro de Imóveis, para os devidos fins, como se abordará mais adiante.

Com os procedimentos citados, nada obsta que o regime seja instituído também para os loteamentos já aprovados e registrados, uma vez que a permissão de uso tem a ver com os bens e serviços públicos, que cabe ao Poder Público respectivo regular e administrar a qualquer tempo.

Aliás, espera-se que a Administração Municipal, no uso do seu poder de polícia, corrija as irregularidades existentes,[25] sobretudo quando constatada a

25. José Carlos de Freitas, no parecer Bens públicos de loteamentos e sua proteção legal, jun. 1996, diz: "A indiferença do Poder Público ou a perpetuação dessa situação ofendem os *direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis*, autorizando sua *tutela supletiva judicial* pelo Ministério Público, instituição vocacionada à defesa da ordem jurídica e do patrimônio público e social pela *ação civil pública* (arts. 127, *caput*, e 129, II e III, da CF; arts. 1.º, IV, 5.º e 21 da Lei 7.347/85; arts. 81, 82, 83, 110 e 117 da Lei 8.078/90; art. 25, IV, *a*, da Lei 8.625/93), pois nenhuma lei exclui da apreciação do Judiciário a *lesão* a direitos (art. 5.º, XXXV, da CF), ainda que haja negligência (culpa) da Administração Pública Municipal na gestão dos bens públicos (tolerando invasões), pois sua omissão é geradora de *responsabilidade civil aquiliana objetiva e subjetiva* (arts. 15 e 159 do CC; art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/81; art. 37, § 6.º, da CF).

necessidade da implantação do modelo por iniciativa dos próprios moradores ou do loteador, após a aprovação do loteamento.

5.4 Do regime tributário especial para os loteamentos fechados

O art. 145, II e III, da CF, estabelece que os Municípios, a União, os Estados e o Distrito Federal "poderão instituir *taxas*, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição", e "*contribuição de melhoria*, decorrente de obras públicas".

Embora não seja propósito deste trabalho o estudo das taxas e contribuições de melhoria, é relevante apresentar uma breve revisão dos conceitos doutrinários e legais acerca desses tributos, para o entendimento da razão de ser da adoção de um regime especial de tributação para os loteamentos fechados.

Referente à taxa, Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. (2003, p. 398-399) diz: "Taxa é um tributo *vinculado* e, portanto, a sua hipótese de incidência definida em lei deve depender de uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, ou seja, de uma ação estatal que acarrete ao contribuinte o gozo individualizado do serviço público", e que "a taxa tem caráter *contraprestacional* porque não pode ser cobrada sem que o Estado preste ao contribuinte, ou coloque à sua disposição, serviço público específico e divisível".

Esclarece, ainda, referido autor, que "considerando que a instituição da taxa deve estar sempre relacionada com o desempenho de uma atividade estatal por se tratar de tributo vinculado, torna-se necessário para a sua melhor compreensão o conhecimento do conceito de serviço público e da sua classificação. *Serviço público* é o conjunto de ações do Estado, por ele diretamente empreendidas ou desempenhadas por particular, mediante autorização, permissão, concessão ou delegação (CF, arts. 37 e 175)" (Rosa Jr., 2003, p. 406 – grifos do original).

Ricardo Lobo Torres diz que "a taxa é um tributo contraprestacional, posto que vinculado a uma prestação estatal específica em favor do contribuinte. É cobrada pela *prestação de serviços públicos* ou pelo *exercício do poder de polícia*" (Torres, 2003, p. 362).

Sobre a hipótese de incidência decorrente do exercício do poder de polícia, Ricardo Torres diz que "atos relativos à polícia de segurança, de saúde, de costumes, de higiene, do meio ambiente, etc., fornecem a matéria sobre a qual incidirá a cobrança de taxa" (Torres, 2003, p. 363).

Hugo de Brito Machado, por seu turno, diz que "*taxa*, em síntese, *é espécie de tributo cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, ou o serviço público, prestado ou posto à disposição do contribuinte*" (Machado, 2006, p. 433).

Mais adiante, Hugo Machado define serviço público (2006, p. 435) como "toda e qualquer atividade prestacional realizada pelo Estado, ou por quem fizer suas vezes, para satisfazer, de modo concreto e de forma direta, necessidades coletivas", esclarecendo que serviço público "não se confunde com o poder de polícia porque é sempre atividade prestacional de natureza material" (grifos do original).

Quanto à contribuição de melhoria, o art. 81 do CTN estabelece a finalidade do tributo ao dizer que "a contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é *instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária*, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

O Dec.-lei 195/67, art. 2.º, indica, "de *forma taxativa*",[26] as várias hipóteses de obras públicas que podem ensejar a cobrança da contribuição de melhoria, dentre as quais interessa aqui destacar as seguintes: "Será devida a Contribuição de Melhoria, *no caso de valorização de imóveis de propriedade privada*, em virtude de qualquer das seguintes obras públicas: I – abertura, alargamento, pavimentação, iluminação, arborização, esgotos pluviais e outros melhoramentos de praças e vias públicas; II – construção e ampliação de parques, campos de desportos (...); IV – serviços e obras de abastecimento de água potável, esgotos, instalações de redes elétricas, telefônicas, (...) suprimento de gás, (...) e instalações de comodidade pública; V – proteção contra secas, inundações, erosão, ressacas, e de saneamento de drenagem em geral, diques, cais, (...); VIII – aterros e realizações de embelezamento em geral (...)".

Para Luiz Emygdio, "a contribuição de melhoria é tributo *vinculado* porque sua hipótese de incidência é a valorização de imóvel em decorrência de obra pública, dependendo, portanto, de uma atuação estatal. A contribuição de melhoria depende de lei para a sua instituição pelo ente político competente, não podendo, portanto, ser exigida com suporte apenas no Dec.-lei 195/67, que apenas fixa as suas normas gerais (Rosa Jr., 2003, p. 435).

Na opinião de Ricardo Lobo Torres, "contribuição de melhoria é tributo contraprestacional, devido pela realização de obra pública da qual decorre valorização para o proprietário. Subsume-se na categoria maior das *contribuições* ou, como prefere a doutrina estrangeira, das *contribuições especiais*" (Torres, 2003, p. 367).

Por fim, Hugo de Brito Machado, depois de estabelecer conceitos com base nos fundamentos e nas finalidades da contribuição de melhoria, reúne os dois conceitos ao dizer que "a contribuição de melhoria é a espécie de tributo cujo fato gerador é a valorização de imóvel de contribuinte, decorrente de obra pública, e tem por finalidade a justa distribuição dos encargos públicos, fazendo retornar ao Tesouro Público o valor despendido com a realização de obras públicas, na medida em que destas decorra a valorização de imóveis" (Machado, 2006, p. 444).

Dos conceitos legais, e breves explanações doutrinárias sobre taxa e contribuição de melhoria, verifica-se a necessidade de um tratamento especial às hipóteses de incidência desses tributos no caso dos loteamentos fechados.

Está claro que loteamento fechado é modelo habitacional atípico, não se enquadrando perfeitamente nem nos loteamentos ordinários, onde os bens

26. ROSA JR., Luiz Emygdio F. *Manual de direito financeiro & direito tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 434.

públicos são geridos diretamente pelo Poder Público, nem, muito menos, nos condomínios edilícios de casas, também chamados "condomínios deitados",[27] constituídos exclusivamente de bens privados.

Nos loteamentos fechados, o custo da implantação e manutenção dos bens e serviços públicos é realizado com a contribuição *antecipada* dos proprietários de imóveis, não ocorrendo desembolso da Administração Municipal para a realização desses serviços, sendo o custo, portanto, suportado exclusivamente pelos proprietários do loteamento, direta e antecipadamente.

Desse modo, não é razoável que a Administração Municipal dê aos loteamentos fechados o mesmo tratamento tributário dispensado aos loteamentos ordinários, onde os bens e serviços públicos são administrados pelo Poder Público e custeados com recursos públicos, pois tal tratamento significaria, na verdade, violação ao princípio da igualdade tributária, nos termos do art. 150, II, da CF, o qual *veda* aos entes da Federação, incluindo, evidentemente, os Municípios, "instituir tratamento desigual *entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente*", exatamente para preservar o equilíbrio, a igualdade, a isonomia.

Assim, *dispensar tratamento tributário igual entre contribuintes que se encontrem em situação não equivalente* não é igualdade, é desigualdade, e, por conseqüência, violação ao princípio da igualdade tributária prevista em sede constitucional.

Aliás, Rui Barbosa há muito advertira que "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam (...) tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real" (Barbosa, 1956, p. 32).

Esse também o magistério de Luiz Emygdio: "Deve ficar claro que o princípio da igualdade tributária não impede que o Estado discrimine para fins de tributação, desde que tal discriminação seja razoável, e como tal, segundo Brandeis: 'será a classificação que um homem bem informado, inteligente, de bom senso e civilizado possa racionalmente prestigiar'" (Rosa Jr., 2003, p. 348).

Bernardo Ribeiro de Moraes, citado por Luiz Emygdio, diz que o princípio constitucional da igualdade tributária pressupõe as seguintes regras: "a) a igualdade jurídica tributária consiste numa igualdade relativa, com seu pressuposto lógico de igualdade de situações ou condições. A lei fiscal deve ser igual para todas as pessoas iguais, isto é, para todas as pessoas que se encontrem nas mesmas condições e debaixo de circunstâncias idênticas; b) não é admis-

27. Esta terminologia tem sido adotada pela doutrina para diferenciar o condomínio de casas – que se desenvolve horizontalmente – do condomínio de salas e apartamentos, chamado condomínio horizontal, por se levar em consideração neste caso não o sentido da projeção da edificação, mas a divisão do prédio por andares, o que revela um sentido horizontal do condomínio. Usando a denominação "condomínio deitado", veja-se, a exemplo, o artigo Loteamento fechado e condomínio deitado, de Elvino Silva Filho, em *Revista de Direito Imobiliário*, n. 14, jul.-dez. 1984. Caio Mário também apresenta justificativa para a adoção da terminologia *condomínio horizontal* para os prédios de salas e apartamentos (*Condomínio e incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 85-96).

sível a lei fiscal reservar tratamento diverso às pessoas que estejam nas mesmas condições. Não se admitem exceções ou privilégios, com exclusão de algumas pessoas, no que se concerne a outras em iguais circunstâncias. A lei fiscal pode estabelecer benefícios, desde que não venha a ferir o princípio da isonomia; c) a existência de desigualdades naturais justifica a criação de categorias ou classes de contribuintes" (Rosa Jr., 2003, p. 347).

Assim, nada obsta que os Municípios (mediante lei) estabeleçam regras tributárias diferenciadas para os casos dos loteamentos fechados, de sorte a não ocorrer a cobrança dos custos da administração dos bens públicos e da implantação e realização de serviços públicos nesses bens, e, cumulativamente, a cobrança dos tributos relativos às taxas e contribuições de melhoria, o que caracterizaria *bis in idem*.

O mesmo tratamento tributário deve ser adotado na hipótese de a Administração Municipal instituir o regime de loteamento fechado após a aprovação do parcelamento do solo, quando evidente a mudança do regime de custeio dos bens e serviços públicos para os proprietários de imóveis naquele núcleo habitacional, sem prejuízo das situações jurídicas constituídas.

6. O LOTEAMENTO FECHADO NO REGISTRO DE IMÓVEIS

6.1 A viabilidade do loteamento fechado no Registro de Imóveis

Para que os loteamentos fechados se revistam da necessária segurança jurídica é imprescindível que se dê publicidade do seu regime no Registro de Imóveis, para onde deve acorrer todo fato jurídico que afete o imóvel e, conseqüentemente, as relações jurídicas atinentes a ele.

Contudo, a viabilidade e a necessidade do registro do regime de descentralização dos loteamentos fechados no Registro de Imóveis não significam, automaticamente, a sua operacionalização. Para que isso ocorra é necessário que todo o processo de descentralização esteja pautado na legalidade, sobretudo no que se refere ao contrato de permissão de uso, que deve fazer menção, inclusive, à realização e/ou dispensa da licitação, quando permitido, em razão do princípio da qualificação registral, que exige rigorosa aferição da legalidade dos títulos apresentados para registro, tanto nos aspectos intrínsecos como nos extrínsecos, a fim de preservar a necessária segurança jurídica dos negócios.

Tomados esses cuidados, não obstante a Lei dos Registros Públicos não contemplar, expressamente, esse registro, nenhum óbice pode haver ao registro da constituição do regime administrativo do loteamento fechado no Registro de Imóveis para sua publicidade, sob pena de desprestígio da boa-fé objetiva e conseqüente favorecimento da clandestinidade, gerando insegurança jurídica aos negócios imobiliários envolvendo imóveis situados nesses núcleos habitacionais; campo profícuo para infindáveis demandas judiciais.

Ademais, um exame da natureza das obrigações envolvendo os imóveis nos loteamentos fechados, dos princípios do direito registral imobiliário, mormente o da publicidade e o da concentração, e, ainda, dos termos do art. 246 da Lei 6.015/73, revela a viabilidade, senão a indispensabilidade, da publicidade dos

atos pertinentes aos loteamentos fechados, em adição ao próprio registro do loteamento, no Registro de Imóveis.

6.2 *A natureza das obrigações nos loteamentos fechados e a sua repercussão nos negócios jurídicos*

Conforme o tópico referente aos "procedimentos de viabilidade dos loteamentos fechados", esse modelo habitacional resulta em obrigações atípicas, consistentes no pagamento do valor a ser fixado para o custeio do empreendimento, em todas as suas etapas, exigindo, por esta razão, tratamento tributário especial.

Porém, uma vez que a Administração Pública Municipal descentralize a administração dos bens e serviços públicos nesses empreendimentos a um permissionário, a obrigação de pagar a conta de custeio decorrerá da simples qualidade de proprietário de imóvel nesses empreendimentos, assim como ocorre com os condôminos nos condomínios voluntários e edilícios (arts. 1.315, 1.336, 1.340 e 1.345 do CC).

Desse modo, visto que a obrigação de contribuir para o custeio do loteamento fechado nasce da qualidade de proprietário (ou da titularidade de qualquer dos direitos de propriedade, como posse direta, domínio útil), há que se concluir que essa obrigação é de natureza real, também chamada *propter rem*, assim como as obrigações condominiais e os tributos imobiliários.

Comentando esse tipo de obrigação, Arnoldo Wald diz que "as obrigações *reais* (de *res* = coisa, em latim) são as que derivam da vinculação de alguém a certos bens, sobre os quais incidem *ônus reais* (imposto imobiliário, seguro obrigatório, foro etc.), bem como deveres decorrentes da necessidade de manter-se a coisa (despesas de condomínio, conservação de divisas etc.). Chamam-se também de obrigações *propter rem* ou *ob rem*".

"As obrigações reais, ou *propter rem*, passam a pesar sobre quem se torne titular da coisa. Logo, sabendo-se quem é o titular, sabe-se quem é o devedor" (Wald, 2001, p. 70, original com grifo).

Silvio Rodrigues também leciona que "a obrigação *propter rem* é aquela em que o devedor, por ser titular de um direito sobre uma coisa, fica sujeito a uma determinada prestação que, por conseguinte, não derivou da manifestação expressa ou tácita de sua vontade. O que o faz devedor é a circunstância de ser titular do direito real, e tanto isso é verdade, que *ele se libera da obrigação se renunciar a esse direito*" (Rodrigues, 2000, p. 99, grifos do original).

Assim, fica claro que as obrigações relativas aos imóveis situados em loteamentos fechados, se instituídas nos termos da lei, mediante o devido processo licitatório, com a conseqüente expedição do contrato de permissão, de tudo fazendo constar o memorial do loteamento levado a registro no Ofício Imobiliário, são de natureza real, ou *propter rem*, intrínsecas ao imóvel, bastando a condição de titular do direito real de propriedade para se constituir sujeito passivo da relação obrigacional.

Destarte, uma obrigação dessa magnitude não pode ser omitida do Registro de Imóveis, a quem incumbe "garantir a *publicidade*, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos", nos termos do art. 1.º da Lei 8.935/94.

Ademais, é função pública zelar pelos "princípios de probidade e boa-fé", contemplados no art. 422 do CC, que devem ser guardados nos negócios jurídicos em geral, inclusive, evidentemente, nos negócios jurídicos envolvendo imóveis.

No entanto, esses princípios não podem ser observados se não for possível aos interessados o amplo conhecimento da situação jurídica dos bens colocados no comércio, e, tratando-se de imóveis, se essas informações foram omitidas do Registro de Imóveis.

Por exemplo, não seria possível ao Cartório de Notas exigir para a lavratura da escritura, ou ao Registro de Imóveis para o registro do título, a prova da quitação das obrigações respectivas, como já ocorre com os tributos imobiliários (art. 1.º, III e § 2.º, do Dec. 93.240/86) e com as contribuições condominiais (parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/64, c/c o § 2.º do art. 2.º da Lei 7.433/85), resguardando tanto os interesses do adquirente do imóvel como os do sujeito ativo da relação obrigacional, se não houver publicidade da existência dessa obrigação e da sua aceitação pelo devedor.

6.3 *Dos princípios da publicidade e da concentração no Registro de Imóveis como fatores de garantia jurídica e proteção social*

O Direito Registral Imobiliário, instrumentado no Registro de Imóveis, não é regido só por normas expressas; mas, ainda, e, sobretudo, por princípios, dentre esses o da publicidade, contemplado expressamente no art. 1.º da Lei 8.935/94, e o da concentração, criado pela doutrina.

Discorrendo sobre o âmbito da publicidade registral, Angel Cristóbal Montes afirma que:

"No atual estado de desenvolvimento do direito, a publicidade dos direitos reais vem sendo considerada como um requisito essencial dos mesmos que se justifica, na opinião de Coviello, pelos quatro tipos de razões seguintes: a) de índole social, porque, sendo a publicidade substância da vida jurídica moderna, tanto em direito público como em direito privado, faz-se necessário que alcance um dos institutos jurídicos de maior importância sócio-econômica, ou seja, a propriedade; b) de caráter jurídico, enquanto os direitos reais regem o dever coletivo de respeito, é óbvio que os mesmos devem figurar em condições que permitam seu conhecimento por todos, com o objetivo de evitar sua lesão por ignorância de sua existência; c) de natureza jurídico-moral, uma vez que, na ordem das convenções e negociações humanas, a boa-fé deve ser protegida e, em contrapartida, a má-fé e as atuações fraudulentas, para as quais a clandestinidade oferece um rico campo de operância, previstas e, na medida do possível, detidas; d) de caráter jurídico-econômico, pela necessidade moderna de desenvolver e agilizar o crédito territorial e de garantir e mobilizar a propriedade imobiliária mediante a segurança das transações e do tráfico jurídico" (Montes, 2005, p. 27).

Giménez Arnau, citado por Montes, diz que "o princípio fundamental que o Direito hipotecário informa, e o primeiro cronologicamente, é o princípio da publicidade" (Montes, 2005, p. 207), reconhecendo, igualmente, outros juristas de renome, como Jerónimo González, Casso Romero, Roca Sastre, Sanz Fernández, todos citados por Montes (Montes, 2005, p. 207-209), a importância da publicidade na seara registral.

Na doutrina pátria, Walter Ceneviva (2002, p. 36) diz que "a *publicidade* está no rol dos *instrumentos legais de garantia* dos atos jurídicos submetidos a registro" (grifamos).

Décio Erpen e Lamana Paiva esclarecem que ocorre a publicidade "quando *o ato registral gera a ficção de conhecimento*, diferentemente dos atos notariais ou mesmo das decisões judiciais, que, inobstante acessíveis, não são oponíveis por si só. Devem ser publicizadas no órgão específico de publicidade" (Erpen e Lamana Paiva, 2004, p. 174) (grifos nossos).

Quanto ao princípio da concentração, são, ainda, Décio Erpen e Lamana Paiva quem fazem sua cabal defesa ao dizerem que:

"O art. 167 da Lei 6.015/73, pode ser considerado exaustivo por alguns. Todavia, o apego a essa conclusão não enriquece o sistema, também porque o art. 246 da mesma Lei, permite ilações no sentido de se dar elasticidade ao comando legal.

"Assim, a nosso ver, nenhum fato jurígeno ou ato jurídico que diga respeito à situação jurídica do imóvel ou às mutações subjetivas pode ficar indiferente à inscrição na matrícula. Além dos atos *traslativos de propriedade*, das *instituições de direitos reais*, a ela devem acorrer os *atos judiciais*, os atos que restringem a propriedade, os atos constritivos (penhoras, arrestos, seqüestros, embargos), mesmo de caráter acautelatório, as declarações de indisponibilidade, as ações pessoais reipersecutórias e as reais, os decretos de utilidade pública, as imissões nas expropriações, os decretos de quebra, os tombamentos, comodatos, as servidões administrativas, os protestos contra a alienação de bem, os arrendamentos, as parcerias, enfim, todos os atos e fatos que possam implicar a alteração jurídica da coisa, mesmo em caráter secundário, mas que possa ser oponível, sem a necessidade de se buscar alhures informações outras, o que conspiraria contra a dinâmica da vida.

"Este princípio, afirma, em resumo, que nada referente ao imóvel deve ficar alheio à matrícula" (Erpen e Lamana Paiva, 2004, p. 181 e 183).

Desta forma, sendo o Direito Registral Imobiliário regido por princípios jurídicos, como os da publicidade e da concentração, os quais, como é cediço, sobrepõem-se às normas, é cabível ao Registro de Imóveis realizar, nas respectivas matrículas, todos os atos que, de alguma forma, alterem ou afetem a situação jurídica do imóvel, com repercussão no direito ou nas obrigações do seu titular.

Nesse sentido, é relevante a decisão normativa da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado São Paulo, publicada no dia 12.06.2006, disciplinando a possibilidade de averbação enunciativa ou de mera notícia, no Estado, de *termo* ou *declaração* de área contaminada oficialmente emitidos pela Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo – Cetesb, moti-

vada pela consulta formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e Cetesb, órgãos que integram o Grupo Interinstitucional para o Estabelecimento de Procedimentos em Áreas Contaminadas (Giac), e o Irib. [28]

Nas palavras da redação do Irib, "indubitavelmente trata-se de decisão relevante para o Registro de Imóveis no Brasil porque consagra sua função ambiental, característica estudada e desenvolvida pelo Instituto de Registro Imobiliário do Brasil nos últimos congressos e seminários, bem como o efeito ou princípio da concentração identificado e defendido pelo ilustre registrador João Pedro Lamana Paiva (*Revista de Direito Imobiliário*, n. 49, jul.-dez. 2000).

"Muitas restrições administrativas agora definidas como espaços territoriais especialmente protegidos já possuem publicidade decorrente da própria lei que as constituiu, porém, para a segurança jurídica e cumprimento de obrigações decorrentes da limitação, seria aconselhável não se confiar somente na publicidade legal, mas também na publicidade imobiliária, *para dar conhecimento e vincular definitivamente futuros adquirentes*. O homem médio não possui o hábito de leitura de textos legislativos, ainda mais dos três entes políticos, de forma que o sistema jurídico não pode se valer tão-somente dessa publicidade ilusória ou fictícia.

"Finalmente, sobre as conseqüências da publicidade de áreas contaminadas no Registro de Imóveis, é importante seguir o exemplo da Espanha, que foi o primeiro país a utilizar esse sistema, gerando não incerteza ou perda do valor econômico da propriedade, mas sim maior segurança para o tráfego imobiliário, ou nas palavras de Francisco de Asís Palácios, Registrador de Priego de Córdoba – Espanha, no XV Congresso Internacional de Direito Registral realizado em 2005 em Fortaleza: 'o proprietário pode não se interessar na publicidade se estiver vendendo um imóvel contaminado, mas com certeza fará questão de ter conhecimento dessa circunstância quando for comprador'".

No parecer, de 20.04.2006, que ensejou a decisão normativa da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, dentre os diversos fundamentos permissivos à concentração das informações pertinentes aos imóveis no Registro de Imóveis, os ilustríssimos pareceristas, Drs. Álvaro Luiz Valery Mirra, Ana Luiza Villa Nova, Roberto Maia Filho e Vicente de Abreu Amadei, todos juízes auxiliares daquela Corregedoria, destacaram: "O registro de imóveis tem, hoje, múltiplas funções sociais: além de sua função precípua de proteção do direito de propriedade, assumiu, ainda, funções secundárias, mas de significativa relevância, atuando como instrumento protetivo-social e de controle urbanístico e ambiental, com feição integrativa a novos ramos jurídicos diversos do direito civil (direito agrário, direito urbanístico, direito ambiental etc.)".

Citando doutrina de Vicente de Abreu Amadei, um dos autores do parecer, os pareceristas destacaram a importância do princípio da concentração no Registro de Imóveis ao dizerem que:

"(...) sem desmerecer a instrumentalidade do registro imobiliário na proteção do direito de propriedade e dos demais 'direitos reais menores' e, por

28. IRIB. Áreas contaminadas – Averbação no RI – Encerramento. *Boletim Eletrônico IRIB*, n. 2.482.

conseqüência, na consolidação da segurança jurídica (estática e dinâmica), que são, aliás, o núcleo finalístico da instituição registrária, não se pode negar a importância instrumental protetivo-social e urbanística do registro imobiliário, que tende a crescer, na proporção em que crescem o destaque à função social da propriedade e os instrumentos legais urbanísticos.

"Ademais, esses dois enfoques instrumentais não são contraditórios, mas são complementares, pois, sendo o imóvel o centro em torno do qual gravitam os atos registrários, *atingir-se-á em maior amplitude a finalidade à qual o registro imobiliário é destinado (segurança jurídica) quando maior for a concentração de informações existentes no fólio real relativas ao imóvel* especificamente considerado, *tenham ou não conotação protetivo-social ou urbanística*, e, por outro lado, atingir-se-á maior eficácia no controle urbanístico da propriedade quanto maior for o vínculo entre os instrumentos da política de desenvolvimento urbano em atuação (afetando determinadas propriedades) e o registro predial'" (Anotações para uma reflexão sobre o aspecto instrumental do registro imobiliário no controle urbanístico da propriedade. *Revista de Direito Imobiliário* 31-32/22 et seq., especialmente p. 45-47, jan.-dez. 1993) (grifos nossos).

Marcelo Augusto Santana de Melo, também citado no parecer, muito embora em estudo voltado para a importância do Registro de Imóveis nas questões ambientais, defende, igualmente, não só a necessidade da publicidade como também da concentração de todas as informações pertinentes aos imóveis no fólio real.

Para esse autor, "podemos conceituar o Registro de Imóveis como 'órgão auxiliar do direito civil destinado ao assentamento de títulos públicos e privados, outorgando-lhes oponibilidade a terceiros, com *ampla publicidade* e destinado ao controle, cadastro, eficácia, segurança e autenticidade das relações jurídicas envolvendo imóveis, garantindo-lhes presunção relativa da prova da propriedade'.

"Esse é conceito tradicional do Registro de Imóveis, contudo, hodiernamente não exerce somente a função de guardião do direito de propriedade, mas também a novel missão de guardião da função social da propriedade, nesta incluída a ambiental. Observe a *facilidade natural de concentração das informações imobiliárias* e o fato de se tratar de órgão constitutivo da propriedade através do registro, levou no decorrer dos anos a exercer funções atípicas como fiscalizar o recolhimento de tributos (imposto predial e territorial urbano, imposto de transmissão de bens imóveis, imposto territorial rural, entre outros)" (O meio ambiente e o registro de imóveis, *Revista de Direito Imobiliário* 57/111-147, especialmente p. 111 e 117-118, jul.-dez. 2004).

Antonio Giner, outro autor citado no parecer, demonstra que o direito estrangeiro atribui ao registro de imóveis função muito mais ampla que a de simples repositório de informações intrínsecas ao imóvel, revelando que, na Espanha e no âmbito da União Européia, as funções são:

"a) *fiscais*: os cartórios registrais têm sido utilizados pelos Estados como mecanismo para garantir a cobrança dos diferentes impostos que recaem sobre os imóveis. Assim, é necessário o pagamento dos impostos devidos em função

das operações imobiliárias cujo registro se solicita (portanto, seu pagamento é um requisito para gozar da proteção propiciada pelo registro) (...).

"b) *proteção aos consumidores*: o âmbito imobiliário, especialmente em matéria de moradia, é um dos que sofrem maior incidência da atuação pública, destinada a proteger os consumidores. Para tal função, os cartórios registrais têm sido utilizados como autênticos cartórios de informação ao consumidor (...).

"c) *urbanísticas*: o desenvolvimento urbanístico implica uma série de operações que se refletem no registro da propriedade: alteram-se fisicamente os imóveis, a titularidade muda, estabelecem-se gravames sobre os bens (...). Ademais, a legislação urbanística exige do registro da propriedade a função de informar sobre a situação urbanística dos imóveis situados em sua circunscrição. Do mesmo modo, colabora com a administração nas tarefas de disciplina urbanística, tanto preventiva quanto punitiva. Assim, os registradores devem exigir certos requisitos de natureza urbanística para o acesso registral de determinados atos jurídicos (declaração de edificações, transformação e loteamento do solo etc.). Igualmente, os registradores comunicam à administração determinadas operações que podem infringir as normas urbanísticas.

"d) *penais*: a informação dos registros tem sido utilizada para evitar e punir determinadas atividades, como as derivadas de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, fraude etc".

E finaliza: "O Cartório de Registro de Imóveis, como vimos, tem uma função principal ou original: a de acomodar o registro de propriedade. No entanto, como vimos, suas características o qualificam para outras funções que interessam aos poderes públicos. Entre essas funções, propomos que se inclua a de proporcionar aos cidadãos um espaço acessível, onde recebam informação sobre a situação do meio ambiente, tanto em escala geral, mas sobretudo, a respeito do território de sua circunscrição (...)" (O registro de imóveis e a informação ambiental. *Revista de Direito Imobiliário* 57/171-182, especialmente p. 175-176 e 178, jul.-dez. 2004).

Do parecer, releva destacar, por último, a observação dos citados pareceristas acerca do entendimento da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo da não-taxatividade dos atos elencados no art. 167, II, da Lei 6.015/73, em resposta à consulta do extinto Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF sobre a possibilidade, no Estado de São Paulo, de averbação, à margem das transcrições imobiliárias, de "termo de responsabilidade pela preservação de florestas", extraindo os pareceristas, da decisão proferida no caso, da lavra do eminente Des. Adriano Marrey, então Corregedor-Geral da Justiça daquele Estado, a seguinte passagem: "O termo de responsabilidade em questão visa apenas estabelecer, de modo preciso, os limites da área preservada. A averbação desse termo não encontra nenhum óbice na Lei de Registros Públicos. É exato que, entre as treze hipóteses do inc. II do art. 167 da referida Lei, não se inclui o termo. Mas *o elenco de hipóteses não é taxativo*, e a averbação sempre cabe desde que guarde pertinência com o registro e represente alteração dos elementos que o compõem" (grifo nosso).

O Des. Ricardo Dip, em eloqüente explanação intitulada "São taxativos os atos registráveis?" (*RDI* 47), demonstra que a conclusão da taxatividade do rol

dos atos do art. 167, I, da Lei 6.015/73 nasceu do equívoco de que "o registro imobiliário está dirigido à inscrição de direitos reais", e como os direitos reais são *numerus clausus*, o rol dos atos inscritíveis constante da lei registrária seria, igualmente, taxativo.

Prosseguindo, o ilustrado doutrinador expõe a fragilidade desse raciocínio demonstrando: *a uma*, que os direitos reais em casos variados prescindem do registro, como ocorre com a "sucessão hereditária, as divisões, a usucapião e as acessões"; *a duas*, que o rol dos atos inscritíveis do art. 167 da Lei Registrária admite o registro da locação (I, 3), da penhora (I, 5), das convenções antenupciais (I, 12), dos arrestos, dos seqüestros, das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis (I, 21) e do dote (I, 27), e diz:

"Mas a locação, a penhora, o arresto, o seqüestro, o pacto antenupcial, a citação e o dote, nunca se pensou que, no direito nacional, fossem direitos reais. Uma coisa, por certo, é admitir que o registro imobiliário está voltado tendencialmente a albergar direitos reais – seja para constituí-los ou não; coisa diversa é dizer que o registro predial somente se dirija a publicar direitos reais" (*RDI* 47/2).

Ademais, esclarece:

"Há possíveis explicações para o equívoco de que se está a tratar. Primeira, a de que a idéia de *um sistema formal de garantias* – assim, o registro público – induz um critério formal de compreensão e de interpretação. O engano está em pensar que esse critério opera na seleção dos atos registráveis, quando o campo de sua atuação *está antes internalizado no procedimento* registral. De toda sorte, que haja mais ou menos atos suscetíveis de registração, não é isso que torna mais ou menos rígido um sistema de segurança jurídica. Segunda, a de que, pensam alguns, se registram direitos, e ainda por cima direitos reais. Mas a verdade é que *não se registram direitos, e sim fatos jurídicos para publicar uma situação jurídica*. Terceira, a de que alguns fatos, se inscritos, implicariam um entrave persistente ao tráfico jurídico (por exemplo, o protesto contra a alienação de bens). (...) Por agora, *o julgamento das hipóteses de inscrição*, inclusa a do protesto, *deve ser tomado à luz do princípio mais principal do registro: a segurança jurídica*" (*RDI* 47/3) (grifo nosso).

A toda evidência, o regime dos loteamentos fechados (assim como outras situações jurídicas relativas a imóveis) deve constar do Registro de Imóveis. Está bastante evidente que uma hermenêutica aferrada à existência de um elenco exaustivo de atos sujeitos a ingresso no Registro de Imóveis conspira contra a "dinâmica da vida" moderna, a segurança jurídica e a paz social.

Na realidade, conspira contra a própria razão de ser da lei, que é conferir "autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos" (art. 1.º) e, ainda, contra os princípios sustentadores do direito registral imobiliário, como o da publicidade (art. 1.º da Lei 8.935/94) e o da concentração, consagrado pela doutrina.

Negar o pleno alcance desses princípios é lançar os adquirentes de imóveis nesses núcleos habitacionais à sua própria sorte, como tem ocorrido, forçando-os a percorrer o penoso caminho das demandas judiciais, com todo o custo financeiro e emocional que isso representa, sem a certeza do melhor direito.

Com esses fundamentos é que se pode dizer que, nos casos de loteamentos em regime fechado, além do registro do memorial do loteamento em si, com todas as minudências da Lei 6.766/79, faz-se necessário proceder ao *registro do regime* de loteamento fechado, pela descentralização da administração dos bens e serviços públicos nesses núcleos habitacionais, conferindo, desta feita, amplo conhecimento da situação jurídica desses imóveis.

6.4 *O ato de constituição, no Registro de Imóveis, do regime de loteamento fechado*

A questão do tipo do ato registral a ser praticado no Registro de Imóveis é das mais controversas, mesmo levando-se em conta a classificação contida no art. 167 da Lei dos Registros Públicos, a qual vem sofrendo constante modificação, não só pela inclusão de novos atos, mas, sobretudo, pela alteração do tipo do ato a ser praticado no Registro de Imóveis, sendo tendência da legislação moderna classificar os atos registrais de averbação, como se registro e averbação fossem sinônimos, e, portanto, irrelevante a nomenclatura, ferindo, contudo, o sistema registral.

Conforme demonstrado pelo Des. Ricardo Dip (vide item 6.3), o tipo do ato registral não está atrelado, necessariamente, à natureza da situação jurídica da qual se dá publicidade no registro de imóveis, e desta feita a Lei dos Registros Públicos designou ato de registro para hipóteses envolvendo direitos reais e para hipóteses envolvendo outras relações jurídicas sem repercussão nos direitos reais (locação, penhora, convenções antenupciais, arresto etc.).

Por outro lado, o estudo da sistemática registral adotada pela Lei dos Registros Públicos revela que, salvo as averbações com força transmissiva de direitos reais dos números 3 e 6, inc. II do art. 167 da Lei de Registros Públicos, em obediência aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, os atos de averbação, em regra, são destinados a: 1. *informar registro no Livro 3* (convenção de condomínio, pacto antenupcial) ou uma relação de preferência (locação); 2. *extinguir direito real registrado* (hipoteca, alienação fiduciária, concessão de uso especial para moradia, direito de superfície); 3. *modificar situação jurídica do imóvel, das pessoas ou de uma relação de crédito constante da matrícula* (mudança de denominação, desmembramento, remembramento, construção, reconstrução, demolição, alteração de nome, de estado civil, ocorrência do óbito, rerratificação de contratos de financiamento, cessão ou caução de crédito, cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade).

Logo, vê-se que nas situações jurídicas sujeitas a averbação na matrícula imobiliária não há constituição de nova relação jurídica. As averbações visam sempre *informar*, *extinguir* ou *modificar* situação jurídica existente.

Essa, aliás, a dicção do art. 246 da Lei 6.015/73: "Além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, serão averbados na matrícula as subrogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro".

Pode-se, portanto, concluir que não sendo o caso de simples informação, extinção ou modificação de situação jurídica existente na matrícula do imóvel, qualquer nova situação jurídica deverá nascer por ato de registro, indepen-

dentemente de essa nova relação jurídica ter ou não repercussão nos direitos reais, como é o caso, v.g., da Convenção de Condomínio, que embora não tenha nenhuma relação com os direitos reais, sendo, na realidade, de natureza normativa, pois *constitui* direitos e deveres aos condôminos, deve ser registrada no Registro de Imóveis (Livro 3, Auxiliar) e, posteriormente, averbada na matrícula de todas as unidades autônomas, em atenção ao princípio da publicidade registral, com efeitos *erga omnes*.

Desta feita é inarredável que o regime de loteamento fechado (mediante a descentralização da administração dos bens e serviços públicos), que *constitui* direitos e deveres aos respectivos proprietários, deve, igualmente, ser registrado no Registro de Imóveis (Livro 3, Auxiliar) e, posteriormente, averbado na matrícula de todos os lotes, para a devida publicidade com efeitos *erga omnes*.

Ademais, o registro do regime de loteamento fechado no Registro de Imóveis atende ao disposto no art. 221 da Lei dos Registros Públicos quanto aos títulos passíveis de registro, uma vez que este admite que sejam registrados "escritos particulares autorizados em lei", como é o caso dos contratos de permissão de uso, sem prejuízo das regras jurídicas pertinentes.

Por outro lado, admitindo-se a hipótese do regime de loteamento fechado ser constituído por ato de registro no Livro 2 (mesmo livro do registro do loteamento), embora esta não seja a melhor hipótese, deve-se salientar desde logo a impossibilidade do registro desse regime ocorrer no mesmo número do registro do loteamento, bem como a necessidade de ser averbada a constituição do regime na matrícula de cada um dos lotes (em vez de se mencionar essa circunstância na abertura da matrícula), por força do procedimento de escrituração dos atos registrais: um registro para cada ato.

Por fim, considerando-se que a constituição do regime de loteamento fechado pode ocorrer a qualquer momento, por se tratar de ato discricionário da Administração Pública, regido pelos critérios da oportunidade e conveniência, se o registro do regime de loteamento fechado ocorresse no mesmo registro do loteamento isso implicaria, por um lado, limitação desse poder discricionário, que ficaria impedido de constituir o regime após o registro do loteamento, e, por outro lado, impossibilitaria o cancelamento da constituição do regime no Registro de Imóveis sem o conseqüente cancelamento do registro do próprio loteamento, posto não ser possível o cancelamento parcial de registro (art. 252 da Lei 6.015/73).

6.5 Do elastério dos atos de averbação (art. 246 da Lei 6.015/73)

Como aludiram Erpen e Lamana Paiva, alguns defendem serem exaustivos os termos do art. 167 da Lei 6.015/73, que trata dos registros e averbações praticáveis na matrícula do imóvel, exaustão que se desfaz com o art. 246 da mesma Lei, e porque não dizer também com o art. 172 da Lei de Registros Públicos, que permite "o registro e a averbação dos títulos" que digam respeito a "direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei", nem sempre mencionados naquele rol.

Regnoberto, comentando o *caput* do art. 246 da Lei de Registros Públicos, diz que "o seu objeto é a averbação no SRI. Como fito imediato da averbação

sobressai o de estabelecer a publicidade da alteração no objeto da matrícula. No aspecto mediato, colima a segurança jurídica. A cabeça do art. 246 da Lei de Registros Públicos encerra a referenciada regra geral: qualquer ato ou fato jurídico que altere assento anterior (qualquer que seja ele: registro, averbação ou cancelamento), será averbável no SRI" (Melo Jr., 2003, p. 585-586).

Maria Helena Diniz ensina que "surge, ao lado do registro *stricto sensu*, um ato específico – a averbação –, ante a necessidade de se fazerem exarar, na história da propriedade imobiliária, todas as ocorrências ou atos que, embora não sendo constitutivos de domínio, de ônus reais ou de encargos, venham a atingir o direito real ou as pessoas nele interessadas e, conseqüentemente, o registro, alterando-o, por modificarem, esclarecerem ou extinguirem os elementos dele constantes, anotando-os à margem da matrícula ou do registro.

"Assim, serão averbáveis, além dos casos previstos em lei, a locação, a mudança de domicílio, o ajuizamento de ação pessoal não reipersecutória contra o proprietário, a declaração de insolvência do proprietário, etc. Resumindo, averbar-se-á não só os atos arrolados pelo art. 167, II, da Lei 6.015/73, mas também tudo que vier a influenciar, acarretando mutações, o registro ou as pessoas nele interessadas" (Diniz, 2003, p. 410).

Por fim, Serpa Lopes, citado por Nicolau Balbino Filho, lecionara que "a averbação serve, em princípio, para *tornar conhecida uma situação jurídica de fato*, seja em relação à coisa, seja em relação ao titular do direito real" (Balbino, 1999, p. 571) (grifo nosso).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os loteamentos fechados podem deixar de ser o centro das controvérsias de um modelo habitacional desprovido de juridicidade e se constituir num modelo habitacional moderno e legal, reunindo condições ideais ao bem-estar da coletividade, sem prejuízo da segurança jurídica.

Para tanto, é preciso renunciar distorções jurídicas (como a criação de obrigações por ato da Associação de Proprietários aos não associados e a assunção da administração de bens e serviços públicos sem a permissão de uso), em vista dos princípios e normas legais, aqui considerados.

Assim, para que o Poder Público se faça representar na administração dos bens e serviços públicos nos loteamentos fechados, é indispensável o contrato de permissão de uso, que deverá ser concedida mediante *licitação*, nos termos da lei, primando-se, destarte, pelos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, e, ainda, pela transparência na condução dos assuntos públicos.

Do mesmo modo, é imprescindível a ampla publicidade, no Registro de Imóveis, de tudo quanto se refira ao ato da permissão para a administração dos loteamentos fechados, minudenciando-se os termos da permissão de uso quanto aos direitos e deveres dos sujeitos das relações jurídicas daqueles bens.

Contudo, a publicidade no Registro de Imóveis, mediante o registro do loteamento e da constituição do regime de loteamento fechado, somente ocorrerá se forem apresentados, juntamente com o memorial do loteamento, ou após o registro do loteamento, de acordo com o momento em que ocorrer a permissão

do uso, todas as informações, documentos e atos administrativos pertinentes a esse regime especial de administração do loteamento.

Com essa base legal, o Registro de Imóveis terá condições de praticar os atos necessários (de registro e de averbação) para a publicidade, com efeitos *erga omnes*, de tudo quanto envolver os imóveis a serem negociados no loteamento, tanto pelo loteador como pelos próprios adquirentes, em negócios jurídicos futuros, preservando-se, igualmente, o princípio da concentração.

Com essa roupagem é possível dar aos loteamentos fechados a necessária acolhida no mundo jurídico, uma vez que tanto o Poder Público Municipal quanto o loteador estarão atuando em estrita observância aos ditames legais, no âmbito constitucional, civil, administrativo e tributário, preservando-se, destarte, a transparência nos negócios públicos e contribuindo para a paz social, em vista dessa transparência.

Por outro lado, além de serem preservados interesses privados envolvendo a economia pública, tendo em vista que a administração dos loteamentos fechados será conferida levando-se em conta a melhor proposta para esse fim, a descentralização desses serviços públicos desonera a máquina pública e possibilita uma adequada fiscalização pelo Poder Público Municipal desses mesmos bens e serviços, garantindo, dessa maneira, a sua adequada continuidade.

Também, a fixação de um tratamento tributário especial aos proprietários de imóveis nos loteamentos fechados harmoniza-se com a melhor doutrina quanto à correta aplicação do princípio da igualdade tributária, o que corrige injustiça social verificada atualmente nesse campo.

Por fim, a publicidade registral preservará a transparência, a boa-fé e a probidade nos negócios jurídicos envolvendo esses imóveis, prevenindo-se conflitos, através do Registro de Imóveis, o que significa segurança jurídica para todos os envolvidos, reduzindo, quiçá, elidindo, ações que hoje abarrotam o Poder Judiciário, em praticamente todas as unidades da federação em que se praticam os loteamentos fechados.

8. Referências bibliográficas

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Curso & Concurso, Coordenação Edílson Mougenot Bonfim.)

BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis*. Doutrina – Prática – Jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Nova Ed., Casa de Rui Barbosa, 1956.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2002.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO REGIONAL DOS CORRETORES DE IMÓVEIS DE SANTA CATARINA. *Legislação de empreendimentos imobiliários em Santa Catarina* – Loteamentos e

condomínios. Disponível em: <http://www.creci-sc.org.br/servlet/servidorImagem>. Acesso em: 12 set. 2006

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 20. ed. atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIP, Ricardo Henry Marques. São taxativos os atos registráveis? *Revista de Direito Imobiliário*, ano 22, n. 47, jul.-dez. 1999.

ERPEN, Décio Antônio; LAMANA PAIVA, João Pedro. In: DIP, Ricardo (Coord.). *Princípios do registro imobiliário formal. Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Safe, 2004.

FREITAS, José Carlos. Bens públicos de loteamentos e sua proteção legal. Parecer, jun. 1996. Disponível em: <http://www5.mp.sp.gov.br:8080/caouma/doutrina/Urb/BensFreitas.htm>. Acesso em: 1.º set. 2006.

_____. Da legalidade dos loteamentos fechados. *Revista Eletrônica do Direito*, n. 6. Disponível em: <http://www.fig.br/Canal/iCtd.asp?>. Acesso em: 12 set. 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRANJA, Lêda Virgínia Aguiar de Carvalho. Os condomínios e os condomínios fechados: o caso do Distrito Federal. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 340.

KOLLET, Ricardo Guimarães. *Boletim Informativo*, ANOREG/ENOREG/SINOREG-RJ, ano 7, n. 59, set. 2005.

INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL – IRIB, Áreas contaminadas – Averbação no RI – Encerramento. São Paulo: Boletim Eletrônico IRIB, n. 2.482, 12 jun. 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1989.

MELO JR., Regnoberto M. *Lei dos Registros Públicos comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003. 1.º vol.

MICHAELIS, *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2002.

MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Porto Alegre: Safe, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PASSOS, Tatiana. *Condomínios fechados com construção por livre escolha dos condôminos* – Aplicação da Lei 4.591/64 e Dec.-lei 271/67. Boletim Cartorário, DLI, edição 20, ano 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil. v. 2 – Teoria geral de direito civil. 21. ed. rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizadora: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Instituições de direito civil.* Introdução ao direito civil. v. 1 – Teoria geral de direito civil. 21. ed. rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizadora: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Kênio de Souza. *Adquirir lote em condomínio fechado requer reflexão.* Comentários e doutrina. 34. ed. São Paulo: Diário das Leis Imobiliário, 2004.

QUIRINO, Hamilton. *Condomínio de fato.* Comentários e doutrina. 10. ed. São Paulo: Diário das Leis Imobiliário, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil.* Parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. *Manual de direito financeiro & direito tributário.* 17. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

SILVA FILHO, Elvino. Loteamento fechado e condomínio deitado. *RDI*, n. 14, jul.-dez. 1984. Disponível em: <http:www.irib.org.br/rdi/rdi14.asp>. Acesso em: 12 ago. 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Marcelo Tossi. *Requisitos para a regularização de condomínios de fato.* Seminário condomínios edilícios. Seminário sobre regularização fundiária urbana, parcelamentos e condomínios edilícios sela parceria do IRIB com o MPSP e a CGJSP. Ocupação e regularização do solo urbano. *Boletim Eletrônico do IRIB*, n. 322, especial, jul.-set. 2005.

WALD, Arnoldo. *Direito das obrigações.* Teoria geral das obrigações e contratos civis e comerciais. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário.* 10. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* Parte geral. 3. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito civil.* Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil. Estudo comparado com o Código Civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 dez. 1937.

BRASIL. Lei 4.591, de 12 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 dez. 1964.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios (Código Tributário Nacional). *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 out. 1966.

BRASIL. Decreto-lei 195, de 24 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a cobrança da contribuição de melhoria. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 fev. 1967.

BRASIL. Decreto-lei 271, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 fev. 1967.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1973.

BRASIL. Lei 6.766, de 17 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 dez. 1979.

BRASIL. Lei 7.433, de 18 de dezembro de 1985. Dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 dez. 1985.

BRASIL. Decreto 93.240, de 9 de setembro de 1986. Regulamenta a Lei 7.433, de 18 de dezembro de 1985, que "dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas, e dá outras providências". *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 set. 1986.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos Cartórios). *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 nov. 1994.

BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei 9.648, de 25 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás e de suas subsidiárias e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 maio 1998.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa. Brasília, 5 out. 1988.

SÃO JOSÉ DO RIO PRETO-SP. Lei 5.138, de 28.12.1992.

RIBEIRÃO PRETO-SP. Lei Complementar 1.234, de 22.08.2001.

GOVERNADOR VALADARES-MG. Lei 5.250, de 17.11.2003.

PAULÍNIA-SP. Lei 2.668, de 18.12.2003.

SANTA FÉ DO SUL-SP. Lei 2.278, de 17.12.2004.

SÃO JOSÉ-SC. Lei 4.403, de 28.11.2005.

VARGEM GRANDE DO SUL-SP. Lei 2.666, de 08.08.2006.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Agravo no recurso especial. Loteamento aberto ou fechado. Condomínio atípico. Sociedade prestadora de serviços. Despesas. Obrigatoriedade de pagamento. AgRg no REsp 490.419-SP (2003/0007665-8). Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília (DF), 10 de junho de 2003 (data do julgamento). Documento: 788833 – *DJ* 30.06.2003.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência. Recurso especial. Associação de Proprietários. Taxas de manutenção do loteamento. Imposição a quem não é associado. Impossibilidade. EDiv em REsp 444.931-SP (2005/0084165-3). Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília (DF), 26 de outubro de 2005 (data do julgamento). Documento: 2140566; *DJ* 1.º.02.2006.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Órgão Especial. Súmula 79. Associação de Proprietários. Condomínio de fato. Cobrança de despesas comuns. Princípio do não enriquecimento sem causa. Referência: Uniformização de Jurisprudência 2004.018.00012 na ApCív 2004.001.13327 – Julgamento em 04.04.2005– Votação: por maioria – Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho – Registro de acórdão em 15.07.2005 – f. 6469/6487.

RIO DE JANEIRO. ApCív 2003.001.24610 – 15.ª Câm. Cív. – Des. Sergio Lucio Cruz – 1.º.10.2003.

RIO DE JANEIRO. ApCív 2002.001.20240 – 15.ª Câm. Cív. – Des. Galdino Sigueira Netto – 04.06.2003.

RIO DE JANEIRO. ApCív 2003.001.21103 – 1.ª Câm. Cív. – Des. Henrique de Andrade Figueira – 25.11.2003.

RIO DE JANEIRO. ApCív 2003.001.27540 – 1.ª Câm. Cív. – Des. Maria Augusta Vaz – 04.11.2003.

RIO DE JANEIRO. ApCív 2003.001.12384 – 6.ª Câm. Cív. – Des. Luiz Zveiter – 29.07.2003.

9. Anexo

REGISTRO DO REGIME DE LOTEAMENTO FECHADO NA MATRÍCULA-MÃE

Matrícula 1. Data: 00/00/0000.

Imóvel: Área de terras X. Proprietário: Fulano de Tal. Registro anterior: Y. O Oficial.

R.1 – 1 – Data: (...) Protocolo: (...). Loteamento. Descrição do memorial do loteamento. O Oficial.

R.2 – 1 – Data: (...) Protocolo: (...) Regime de loteamento Fechado. De acordo com requerimento que aqui fica arquivado, devidamente instruído com CONTRATO DE PERMISSÃO DE USO firmado entre a Prefeitura Municipal desta cidade e a ADMINISTRADORA DE LOTEAMENTO LTDA., inscrita no CNPJ sob o n. (...), com sede na Rua da Paz, n. 100, nesta cidade, em conformidade com a Lei Municipal n. (...), publicada no Diário Oficial de (...), página (...), os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial do loteamento objeto do R-1, acima, foram submetidos a REGIME ESPECIAL DE USO E ADMINISTRAÇÃO, SEM ALTERAÇÃO DE SUA AFETAÇÃO, ficando os adquirentes de imóveis nesse loteamento sujeitos ao pagamento de taxa mensal à permissionária, fixada nos termos do edital de licitação n. (...), cuja atualização será processada na forma do contrato e da legislação respectiva, para custeio da implantação, reparação, manutenção e conservação dos bens e serviços públicos submetidos a uso especial, consistentes na pavimentação, iluminação, limpeza, sinalização, coleta de lixo, ajardinamentos, preservação das áreas verdes e dos recursos ambientais, fechamento da área loteada, sem prejuízo do acesso *justificado* da população aos bens públicos ali existentes, levando-se em conta a supremacia do interesse social, que de outro modo não possa ser realizado, conferindo-se, ainda, tratamento tributário especial aos imóveis desse loteamento, enquanto perdurar o regime ora instituído, nos termos e condições da Lei e do Contrato, devendo os proprietários de imóveis no loteamento fazer prova da quitação das contribuições devidas ao permissionário, em qualquer negócio relativo a direitos reais desses imóveis. O oficial.

AVERBAÇÃO DO REGIME DE LOTEAMENTO FECHADO

NAS MATRÍCULAS DOS LOTES

Matrícula 2. Data: 00/00/0000.

Imóvel: Lote de terreno X, da Quadra M, do Loteamento "MORAR BEM". Proprietário: O loteador. Registro anterior: Y. O Oficial.

Av.1 – 2 – Data: (...) Protocolo: (...). REGIME DE LOTEAMENTO FECHADO. O imóvel objeto desta matrícula está submetido a REGIME DE LOTEAMENTO FECHADO, estando o proprietário sujeito ao pagamento de contribuição ao permissionário, mediante regime especial de tributação do imóvel, nos termos do R-1 da matrícula 1 deste Cartório. O oficial.

II ATUALIDADES NACIONAIS

1

A fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória à luz das inovações trazidas pelas Leis 11.382/2006 e 11.419/2006

JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA

Especialista em Direito Imobiliário Registral. Registrador e Tabelião de Protesto em Sapucaia do Sul.

RESUMO: O presente artigo visa a discorrer sobre a certidão acautelatória sob ótica do Registro Imobiliário, bem como a importância da publicidade registral na constituição da fraude à execução. Assim, o trabalho desenvolve-se em três momentos fundamentais: o primeiro deles refere-se às inovações da Lei 11.382/2006 e da Lei 11.419/2006; o segundo, a contextualização da certidão acautelatória e seus aspectos formais e materiais e o terceiro diz respeito à repercussão desse instrumento no Registro Imobiliário e os efeitos advindos de seu registro, em prol da segurança jurídica e da eficácia da decisão jurisdicional. Esse é, pois, o itinerário desenvolvido pelo artigo abaixo, a fim de traçar um panorama desse inovador instrumento (certidão acautelatória) contra a fraude à execução, sem, contudo, deixar de analisar a Penhora no Registro Imobiliário.

PALAVRAS-CHAVE: Fraude – Certidão acautelatória – Certidão premonitória – Lei 11.382/2006 – Penhora.

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo hablar del certificado acautelatória del Registro de la Propiedad así como la importancia de la publicidad registral en la constitución de fraude ejecución. Así, el trabajo se desarrolla en tres momientos claves: el primero se refire a las inovaciones de las Leyes 11.382/2006 y 11.419/2006. El segundo, la contextualización del certificado acautelatória y sus instrumientos formales y materiales, y el tercero se refiere a los efectos del instrumento en el Registro de la Propriedad y de los efectos derivados de su registro, en función de la seguridad jurídica y la eficacia de la decisión judiciale. Esa es, por lo tanto, la ruta que el principio desarollado elaborada por el artículo a continuación, a fin de que este innovador instrumiento (certificado acautelatória) haga algo contra la fraude de aplicación, sin dejar de examinar el embargo en el Registro de la Propriedad.

PALABRAS-CLAVE: Fraude – Certificado cautelar – Certificado premonitorio – Ley 11.382/2006.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As inovações introduzidas pela Lei 11.382/2006 e pela Lei 11.419/2006 – 3. Conceito e finalidade da certidão acautelatória: 3.1 A penhora e o Registro Imobiliário – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Nesta época, em que as relações interpessoais são essencialmente dinâmicas, efêmeras e, inclusive, virtuais, aos operadores do direito é lançado um desafio: efetivar a justiça de maneira o mais ágil possível, sem prejudicar a segurança jurídica, de tal sorte que, os legisladores vêm lançando mão de novos instrumentos processuais e se utilizando de setores extrajudiciais, para atribuir às decisões jurisdicionais agilidade e efetividade.

Assim, os registradores estão gradativamente sendo chamados para intervir no processo judicial, não como parte ou assistente, mas sim como guardiões da segurança jurídica da decisão. Contudo, este papel não é novidade a esses profissionais.

Sérgio Jacomino comenta que já no início do Século XX – Regulamento de 1924 (art. 5,°, *a*, VII e VIII) – a publicidade registral foi consagrada e reconhecida como um meio efetivo para assegurar a pretensão daquele que buscava ressarcir-se na esfera patrimonial do devedor (hipoteca, penhora, arresto e seqüestro) ou resguardar algum bem da constrição judicial (bem de família).

Mas a publicidade registral não é a única privilegiada pelas reformas do Código de Processo Civil, o princípio da qualificação, também. Neste contexto, para definirmos bem a relação entre Registros Públicos e o Processo é importante analisarmos a Lei 11.382/2006 sob a ótica registral.

2. AS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.382/2006 E PELA LEI 11.419/2006

A primeira e grande inovação trazida pela Lei 11.382/2006, no que tange a efetivação da penhora, refere-se à escolha dos bens a serem penhorados, a qual deixou de ser prerrogativa do devedor, para ser uma faculdade do credor. O exeqüente, ao instruir a petição inicial, poderá discriminar os bens, devendo tomar as cautelas necessárias no sentido de que todos sejam objetos passíveis de constrição judicial.

O mencionado diploma alterou também a gradação legal, a qual passou a ser mais uma orientação do que uma obrigação, consagrando o entendimento do STJ. Conforme o texto atual do art. 655, *caput*, do CPC, "a gradação legal há de ter em conta, de um lado, a satisfação do crédito, de outro, a forma menos onerosa para o devedor. A conciliação desses dois princípios é que deve nortear a interpretação da lei processual, especificamente os arts. 655, 656 e 620 do CPC" (REsp 167.158).

Isso significa dizer que não existe mais a regra rigorosa que culminava em ineficácia do ato, se a nomeação não respeitasse a ordem legal (redação antiga do art. 656). Contudo, o desrespeito à gradação legal pode ser objeto de impugnação

por parte do devedor, a fim de impor a substituição da penhora, nos termos do texto atual do art. 656 do CPC.

Posto isso, à luz do art. 655 do CPC, a penhora de dinheiro continua tendo preferência na gradação legal, em consonância com a Súmula 328 do STJ; porém, inovou a Lei 11.382/2006 ao admitir que a penhora perfectibilize, ainda, sob numerários disponíveis em conta bancária.

Assim, com a adoção de penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira tornou-se necessário a admissão do meio eletrônico para que o Juiz, a requerimento do exeqüente, possa solicitar à autoridade supervisora do sistema financeiro a penhora do valor correspondente. De tal sorte que o texto renovado do art. 655-A do CPC afina-se com o art. 1°, § 2.°, da Lei 11.419/2006 e estabelece que, preferencialmente, a penhora de numerários disponível nas entidades financeiras far-se-á por meio digital.

Partindo-se do conceito fornecido pelo diploma legal que dispõe sobre a informatização do processo judicial de que a transmissão eletrônica é "toda forma de comunicação à distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores", é importante verificar que a justificação do legislador de privilegiar o tráfego de documentos e arquivos digitais tem em vista:

1. a facilitação da execução e sua rapidez;

2. assegurar a efetividade da constrição;

3. impedir a dilapidação do patrimônio e a fraude à execução.

Assim, o magistrado, para cumprir o dispositivo do art. 655-A, após provocação da parte interessada, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário a indisponibilidade do valor indicado na execução, eletronicamente, devendo o documento conter a assinatura digital do Juiz e/ou escrivão (chefe de Secretaria), consoante o art. 8.°, parágrafo único, da Lei 11.419/2006.

Aqui cabe ressaltar que, nos termos da Lei, são duas as formas inequívocas de assinatura eletrônica do signatário:

a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada, na forma de lei específica;

b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

Quanto à prevenção contra a fraude à execução, é interessante perceber que, anteriormente à Lei 11.382/2006, o credor só poderia coibi-la depois e tão-somente em relação ao objeto penhorado. Com a criação da certidão premonitória – e aqui, peço vênia para utilizar-me da feliz nomenclatura atribuída a este ato pelo insigne Registrador Sérgio Jacomino[1] – o quadro mudou, antecipando os efeitos dessa presunção antes mesmo da citação do devedor.

1. JACOMINO, Sérgio. Averbação premonitória: segurança do tráfico jurídico imobiliário. *Boletim Eletrônico IRIB*, n. 2.791, ano VII, São Paulo, 11 jan. 2007.

3. CONCEITO E FINALIDADE DA CERTIDÃO ACAUTELATÓRIA

Hoje, o exeqüente não precisa aguardar o aperfeiçoamento da penhora, podendo, desde a instrução da ação de execução, antes mesmo da citação, assegurar a satisfação do seu crédito. A distribuição da petição inicial autoriza o exeqüente, a partir da obtenção da certidão do ajuizamento do feito, a proceder à averbação nos Registros Públicos (Registro de Imóveis e Registro de Títulos e Documentos).

Como destacou o Des. Décio Antônio Erpen, em sua entrevista publicada no *Boletim Eletrônico do IRIB*, trata-se de prerrogativa facultativa do exeqüente, o qual, atualmente, pode participar ativamente do processo, a fim de assegurar a satisfação do seu crédito. Sendo de bom alvitre esclarecer o caráter de tal medida, que não é ônus real.

Perceba, então, que a averbação premonitória excepciona a regra geral da caracterização da fraude à execução, pois esta se forma, de modo geral, após a citação do devedor para responder uma ação executória ou real; ato processual ausente quando estamos falando do art. 615-A do CPC.

A finalidade da Certidão Premonitória ou Acautelatória é noticiar a formação de processo de execução que pode alterar ou modificar o direito de propriedade, devendo ser averbada no fólio real (matrícula), em respeito ao princípio da publicidade e da concentração. Isto é, assevera-se, por meio da Lei 11.382/2006, a concepção de que tudo que diz respeito ao imóvel deva constar em sua matrícula: todo e qualquer lançamento registral, desde que haja relevância quanto ao imóvel ou ao seu titular de direitos (art. 167, II, item 5 c/c o art. 246 da LRP), deve ter ingresso no fólio real para que os futuros adquirentes possam ter conhecimento da situação real do imóvel.

Nesta mesma linha de pensamento, o culto Registrador Imobiliário em Araçatuba (SP), Marcelo Augusto Santana de Melo, assim se pronunciou:

Entendemos que a averbação premonitória é o instrumento processual-registrário adequado para outorgar maior segurança ao mercado imobiliário que há anos vem sofrendo com a fraude de execução, também configurada, sem dúvidas, a consagração do princípio da concentração no Registro de Imóveis.[2]

Acompanha esse entendimento o Procurador de Justiça, secretário-geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e doutor em Direito Processual pela USP, Petrônio Calmon Filho que, resumidamente, consagra o princípio da concentração:

Não precisamos ficar presos às questões que a lei estabelece de maneira estrita. Qualquer motivo que se considere relevante tem de ser averbado, até porque compete aos eventuais destinatários, que somos todos nós da sociedade, ter a orientação devida para saber se aquilo que está sendo averbado pode ou não ter relevância. O Registrador deveria buscar essa não-limitação, exatamente tirando a pecha de que as averbações resultariam em algum prejuízo. Qualquer

2. MELO, Marcelo Augusto Santana de. Averbação premonitória introduzida pela Lei 11.382/2006. *Boletim Eletrônico IRIB*, n. 2.865, ano VII, São Paulo, 9 mar. 2007.

pessoa pode comprar qualquer bem, ainda que constem mil averbações. O importante é o comprador saber o que elas significam.[3]

Note-se, então, que essas manifestações corroboram com o princípio da concentração idealizado pelo Des. Décio Antônio Erpen e por mim, na defesa do adquirente de boa-fé.

Neste passo, podemos definir a certidão acautelatória – como o próprio nome diz – como ato que levado ao registro competente acautela o terceiro de boa-fé que o imóvel poderá ser objeto de restrição judicial. Ao mesmo tempo em que proporciona ao exeqüente a possibilidade de se resguardar da dilapidação do patrimônio do devedor.

A segurança jurídica almejada pela certidão acautelatória, portanto, está presente quando da efetuação da reserva de bens no registro de imóveis, mediante apresentação de certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa. De forma que como já salientou Sérgio Jacomino: "aquele que não cuidou de registrar não pode pretender opor o direito contra aquele que foi diligente e o fez".[4]

Além disso, a segurança jurídica encontra respaldo na temporalidade de tal ato, afinal, a ausência de prévia citação postula uma medida de duração limitada e reversível, de tal sorte que a averbação de tal ato perdurará até a formalização da penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, sendo canceladas as averbações destas certidões nos bens que não tenham sido objeto de penhora.

3.1 Certidão acautelatória e a fraude à execução

Quanto aos objetos da certidão acautelatória, esta poderá abranger tanto os bens imóveis como os bens móveis: veículos, ações, quotas sociais etc. Sendo que a natureza do bem determinará o órgão competente para sua prática.

Nestes casos, é dispensado o mandado judicial. Procedida à medida, contudo, cabe ao exeqüente comunicar ao juízo da execução a averbação ou averbações efetivadas no prazo de dez dias (art. 615-A, § 1.º).

Essa comunicação também poderá efetivar-se por meio eletrônico, desde que o autor da execução tenha providenciado o cadastro de sua assinatura digital – art. 1.º da Lei 11.419/2006 – devendo ser observado que, no caso de atos eletrônicos, serão considerados tempestivos os efetivados até às 24h do último dia. O descumprimento gera direito à reparação. Outra das possíveis penas pela não realização da comunicação ao juízo competente é não agasalhar o ato sob o manto da fraude à execução, na medida em que a execução deve ser norteada pelo princípio da menor onerosidade para o devedor.

Entretanto, tal argumento não se harmoniza com os princípios registrais, pois, com a publicização na matrícula do imóvel, a circulação do bem se

3. CALMON FILHO, Petrônio. Progresso e registro: novas tendências. *Boletim Eletrônico IRIB*, n. 3.007, ano VII, São Paulo, 21 jun. 2007.
4. JACOMINO, Sérgio. *Boletim Eletrônico IRIB*, n. 3.007, ano VII, São Paulo, 21 jun. 2007.

encontra comprometida e não há como alegar desconhecimento do adquirente após a averbação.

Logo, é possível ver a inserção do art. 615-A, que assegura a proteção aos terceiros de boa-fé, a otimização e alargamento do princípio da publicidade, agasalhado pela Lei dos Registros Públicos; deixando de exigir, para tanto, o aperfeiçoamento da penhora. Averbada a certidão premonitória ou acautelatória, os bens afetados pela medida não poderão ser, a princípio, livremente alienados pelo devedor. A eventual negociação valerá apenas *inter partes*, não podendo ser oposta à execução, pois resta configurado fraude à execução nos termos do art. 593 e § 3.º do art. 615-A do CPC. Isto é, o credor poderá buscar o bem na esfera patrimonial de terceiro.

Ressalta-se, contudo, salvo melhor juízo, que a averbação acautelatória ou premonitória não caracteriza, por si só, a fraude à execução. Digamos que são feitas cinco averbações em cinco bens do devedor, para garantia de credor. Porém, o devedor pode ter muitos outros imóveis. Desta forma, a alienação de bem em que conste a averbação pode ensejar fraude à execução tão-somente quando o devedor não tiver patrimônio para respaldar seu débito.

Dessa forma, se a execução ficar desguarnecida de bens, a fraude é legalmente presumida, não se devendo perquirir a boa-fé ou má-fé do adquirente, graças ao sistema de publicidade da averbação, nos Registros Públicos, do ajuizamento da execução.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, essa presunção não é absoluta, não se equiparando a penhora aperfeiçoada, ainda mais se o executado continue a dispor de bens para satisfazer o crédito pleiteado.

De outro lado, o Des. Araken de Assis – lembrando que a polêmica reside no fato de a averbação acautelatória não se enquadrar no art. 240 da LRP, pois prescinde dos trâmites ulteriores da demanda – afirma que se trata de presunção *juris et juris*, em face da publicidade fornecida pela averbação no álbum imobiliário. O intuito da medida, salienta o autor, é antecipar a eficácia perante terceiros que decorreria da averbação da penhora.

Sustenta ainda, o eminente jurista, conseqüentemente, a desnecessidade de converter a averbação do ajuizamento em averbação da penhora, tratando-se de imóveis, porque a finalidade da medida do art. 615-A é similar, reiterando que o exeqüente já se encontra protegido, convenientemente, contra eventuais fraudes.

Contudo, tal interpretação não pode prevalecer, em face de que a notícia de uma ação executória é bem diferente da constituição da penhora. Advertir os terceiros de boa-fé da existência de litígio – cujos efeitos poderão respingar sobre aquele bem – distingue do ato de publicizar que aquele bem é objeto de penhora por ordem judicial, sendo, salvo pagamento ou sucesso do devedor na demanda, objeto de adjudicação (art. 685-A do CPC), de alienação por iniciativa particular (art. 685 do CPC) ou alienação em hasta pública, se o exeqüente não optar pelas formas anteriores (art. 686 e ss. do CPC).

Observe que, no caso da certidão acautelatória, ao credor cabe o direito de escolher onde será feita averbação. De tal forma que para coibir abuso na utilização dessa prerrogativa, o legislador preconizou no art. 615-A, § 4.º, o

qual determina que o uso dissociado da finalidade da criação do instituto enseja à parte prejudicada o direito à indenização, devido à violação do art. 14, IV, segunda parte, pelo exeqüente, sendo considerado litigância de má-fé, nos termos do art. 18 do CPC.

Neste contexto, é interessante observar que a ação de reparação processar-se-á em autos apartados, sendo admitida a compensação, nos termos do art. 739-B do CPC. Obviamente, essa sanção não se aplica em todo e em qualquer caso que o(s) objeto(s) de averbação exceder(em) o valor da execução.

Humberto Theodoro Júnior cita como exemplo de prática abusiva dessa medida a hipótese de já existindo bem sobre o qual o credor exerce direito de retenção ou garantia real, este ainda procede à averbação premonitória sobre outros bens do executado, salvo se a garantia disponível seja manifestamente insuficiente para cobrir todo o crédito aforado.

Nessa linha de pensamento, o Des. Décio Antônio Erpen, com a argúcia que lhe é peculiar, já levantou uma questão no mínimo preocupante: como reparar esse abuso quando o credor está sob o manto da assistência judiciária gratuita?

Sob esse enfoque, salienta o eminente doutrinador que a parte interessada poderia obstar a prática da averbação da certidão acautelatória na matrícula do imóvel, alegando, em juízo, que o dano provocado pela inserção do ajuizamento da execução no fólio real seria irreparável ao devedor nessas situações.

Observe que tal argumento procede, devendo ser ponderado pelo magistrado, em face da comunicação do exercício da faculdade do art. 615-A, mesmo que tal argüição colida com a intenção do legislador de buscar a concretização do princípio da efetividade do processo com a criação dessa medida.

Realizada a penhora em quantos bens bastarem para solver a dívida, o Juiz determinará o cancelamento do excesso, de ofício ou a requerimento da parte, a qual, inclusive, poderá ser realizada por meio eletrônico.

3.2 A penhora e o registro imobiliário

Por derradeiro, cabe ainda deixar consignado que a Lei 11.382/2006 também facilitou o ingresso da penhora no Registro de Imóveis, ao determinar que essa, agora, será averbada (CPC, art. 659, § 4.º), e não mais registrada. O procedimento registral da penhora – que anteriormente era efetivado no álbum imobiliário por registro – ocasionava dificuldade em proceder ao ato, em virtude do princípio da qualificação; modificando-se o ato registral para averbação, a qualificação do título deixa de ser tão rigorosa, bastando que o título contenha o nome e a qualificação do credor/exeqüente; o nome do devedor/executado; o valor da dívida ou da avaliação do imóvel; o nome do depositário; a descrição do imóvel ou certidão da matrícula; para ser trazida ao álbum imobiliário.

Não obstante isso, estando o imóvel em nome de terceiro que não o executado, a ordem de averbação deverá ser devolvida, com nota de impugnação. Outrossim, poderá ser procedida a averbação, no caso de reconhecimento de fraude à execução.

No Rio Grande do Sul, se o título não preencher os requisitos legal-formais, deverá o registrador noticiar a existência da penhora por meio de averbação na

matrícula e/ou na margem da transcrição (art. 396 da Consolidação Normativa Notarial e Registral).

As penhoras oriundas de execução fiscal serão averbadas mediante a simples entrega, pelo oficial de Justiça, da cópia autenticada da inicial, do despacho judicial e do auto de penhora, nos termos da Lei de Execuções Fiscais.

Veja que aqui, nos termos do art. 659, § 6.º, do CPC, o mandado de penhora também poderá ser efetivado por transmissão eletrônica, fato que impreterivelmente acabará acontecendo.

4. CONCLUSÃO

Com efeito, observa-se que entre os diversos desafios que surgem para os operadores do direito com o advento das Leis 11.419/2006 e 11.382/2006 está a reformulação dos tradicionais conceitos processuais. Afinal, tais diplomas legais mitigaram o formalismo exacerbado, principalmente, neste campo jurídico e privilegiaram as partes, aumentando sua participação e responsabilidade no destino da execução judicial. Renuncia-se a rigidez da forma, para inserir o uso do meio eletrônico nas tramitações de processos judiciais, nas comunicações de atos e nas transmissões de peças processuais. É o direito adequando-se aos tempos virtuais.

Por outro lado, e aqui cabe fazer uma ressalva, o direito não pode sucumbir à efemeridade do mundo digital, sob pena de eliminar a segurança jurídica. A adoção das facilidades eletrônicas é benéfica, enquanto os dados encontram-se devidamente protegidos, sendo assegurado às partes a inviolabilidade das informações que ali constam (adulteração, falsificação de documento etc.).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALMON FILHO, Petrônio. Progresso e registro: novas tendências. *Boletim Eletrônico IRIB*, São Paulo: IRIB, n. 3.007, ano VII, 21 jun. 2007.

ERPEN, Décio Antônio. A forma além do conteúdo. *Boletim Eletrônico IRIB*, São Paulo: IRIB, n. 2.870, ano VII, 13 mar. 2007. Disponível em: <http://www.irib.org.br>. Acesso em: 13 mar. 2007.

JACOMINO, Sérgio. Averbação premonitória: segurança do tráfico jurídico imobiliário. *Boletim Eletrônico IRIB*, São Paulo: IRIB, n. 2.791, ano VII, 11 jan. 2007.

_____. Editorial. *Boletim Eletrônico IRIB*, n. 3.007, ano VII, São Paulo, 21 jun. 2007.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves, SALDANHA; Jânia Maria Lopes. *A nova execução de títulos executivos extrajudiciais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*: Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

2

Retificação do registro de imóveis, regularização fundiária e as Zonas Especiais de Interesse Social (Zeis)

LUCIANO LOPES PASSARELLI

Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Civil e de Filosofia do Direito na Unifeb (Barretos-SP). Oficial de Registro de Imóveis de Batatais-SP.

RESUMO: Neste trabalho investiga-se a relação da retificação do registro imobiliário com a regularização fundiária das Zonas Especiais de Interesse Social, enfatizando-se a função social do Registro de Imóveis e o novo procedimento introduzido pela Lei Federal 11.481/2007.

PALAVRAS-CHAVE: Retificação registral-imobiliária – Regularização fundiária – Lei 11.481/2007.

ABSTRACT: In this work the relation of rectification of Real Estate Registry with the Land Estate regularization of Special Zones of Social Interest is investigated, emphasizing the social function of the Real Estate Registry and the new procedure introduced by the Federal Law 11.481/2007.

KEYWORDS: Real estate registry rectification – Large land regularization – Law 11.481/2007.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Aspectos gerais – 3. Função Social do Registro de Imóveis: 3.1 A publicidade registral eficaz: um direito difuso; 3.2 Função social da retificação registral – 4. O princípio da especialidade no Registro de Imóveis – 5. A retificação do registro imobiliário e as Zonas Especiais de Interesse Social (Zeis): 5.1 Generalidades; 5.2 As Zonas Especiais de Interesse Social (Zeis); 5.3 Dispensa do rito retificatório para Zeis – 6. A Lei 11.481/2007 e o Projeto de Lei 20/2007: 6.1 O procedimento retificatório instituído pela Lei Federal 11.481/2007; 6.2 Demarcação; 6.3 Discriminação; 6.4 Sinonímia dos termos; 6.5 O projeto de Lei 20/2007: 6.5.1 Procedimento – 7. Conclusões – 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A cada dia que passa aumenta a conscientização acerca da premente necessidade do manejo de procedimentos de regularização fundiária que atendam às necessidades de significativa parcela da população brasileira, que hoje vive em áreas à margem do direito e, não apenas em conseqüência disso, mas também, em precárias condições urbanísticas, ambientais e até mesmo sem o atendimento mínimo de serviços públicos, que muitas vezes não chegam até tais áreas.

Embora o clamor esteja aumentando, é inegável que os atores envolvidos nesses processos se vejam invariavelmente em situações de perplexidade, em grande parte motivadas pela ausência de um marco jurídico claro a respeito do tema ou, quando há regras, as mesmas se mostram complexas e de difícil operacionalização, gerando muitas vezes frustração aos que tentam superar os óbices legais existentes e criando até mesmo, como aqueles que militam na área podem perceber, um espírito de revolta contra a "insensibilidade jurídica" em face da degradante situação em que se encontram aludidos contingentes da nossa população.

De fato, o problema é complexo e envolve muitas variáveis, não só de ordem jurídica, como também de fundo econômico, urbanístico, ambiental, social e político.

Mas alguns passos têm sido dados, o que nos permite começar a ter uma esperança mais concreta de solução para as áreas hoje marcadas pela ocupação irregular. Sob a ótica do direito positivo vigente, há ainda que se avançar em alguns tópicos. No entanto, um dos temas mais difíceis até aqui, qual seja, a compatibilização da necessidade da regularização fundiária com os princípios que informam o sistema de registro imobiliário no Brasil, começa a apresentar um quadro de inegável melhora.

Neste trabalho pretendemos verificar quais são essas circunstâncias jurídicas que, a nosso ver, apresentaram tal melhora. E pretendemos partir de um pressuposto: a regularização fundiária é urgente e indispensável, mas a manutenção de um sistema registral imobiliário que garanta a segurança jurídica e uma publicidade eficaz, o que também vai ao encontro das necessidades dos moradores dessas áreas, é igualmente inafastável. Cabe aos operadores do direito encontrar soluções que não sacrifiquem nem um nem outro desses valores.

Embora reiterando que há ainda vários temas que reclamam atualização legislativa, pretendemos aqui analisar ao menos um aspecto que já é passível de superação: o problema da especialização das áreas que vão receber processos de regularização fundiária junto ao Registro de Imóveis. Isso porque a solução desse problema restou grandemente facilitada, conforme veremos.

O processo de regularização fundiária, para ser bem-sucedido e chegar a bom termo deverá, antes de mais nada, como primeiro e importante passo, identificar a área sobre a qual será implantando, encontrando seu perímetro e confrontações, de sorte a ter sua matrícula no Registro Imobiliário lançada em perfeita ordem.

Daí por que após algumas considerações iniciais sobre essa relação regularização fundiária/registro de imóveis, dedicamos o item 3 para enfatizar que

o Registro de Imóveis cumpre importante função social, o que não pode ser olvidada diante da aflição e urgência que muitas vezes sentimos a respeito da necessidade dos processos de regularização fundiária.

Ainda nessa mesma esteira, no item 4, avaliamos o "princípio da especialidade" registral-imobiliária, que se desatendido reclama a retificação do registro, e sua imbricação com as Zonas Especiais de Interesse Social (Zeis), objeto do item 5.

Avançando, dedicamos o item 6 para analisar os referidos novos instrumentos jurídicos que trouxeram, segundo nos parece, agilidade e facilidade aos processos retificatórios envolvendo áreas que serão objeto de regularização fundiária, trazidos à lume pela Lei Federal 11.481/2007, fazendo uma necessária análise terminológica envolvendo a "demarcação" e a "discriminação" de tais áreas e, por fim, lançamos os olhos em um Projeto de Lei, o de n. 20/2007 que, se aprovado, introduzirá profunda alteração no arcabouço jurídico que atualmente regula a matéria.

Ad ultimum, queremos consignar que nossa intenção foi temperar a parte teórica com a parte prática. Prefaciando a obra do Prof. Luiz Manoel Gomes Junior[1] Araken de Assis invoca a lição de Pontes de Miranda, no sentido de que "livro de doutrina – manual, comentário ou tratado – há de ser livro útil aos juízes e advogados, como roteiro para as suas atividades. Os livros que não resolvem dúvidas, os livros sem valor prático, são livros de metafísica ou de retórica jurídica, não são livros de ciência. É perder tempo lê-los ou comentá-los".

Essa lição nos impressionou, e em nome dela esperamos que este trabalho possa ser útil a todos os que militam de uma forma ou outra na área do direito registral imobiliário.

2. Aspectos gerais

O art. 182 da CF determina que a política de desenvolvimento urbano, sob responsabilidade do Poder Público Municipal e conforme diretrizes gerais fixadas em lei, "tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes".

Malgrado seja regra cujo destinatário é o Poder Público Municipal,[2] é inegável que há outros atores cuja atuação tem reflexos sobre a atividade urbanística referida, e que não podem ser ignorados. Assim é o Registro de Imóveis, dada sua vocação de ser o guardião dos direitos reais imobiliários, em um sistema que está firmemente construído sobre o "princípio da especialidade", conforme discorremos com mais vagar neste trabalho.

O Registro Imobiliário no Brasil é atividade pública concedida pelos Estados-membros a particulares aprovados em concurso público, conforme determina o

1. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
2. Observe-se que a atividade do Poder Público Municipal está intimamente ligada à existência de Plano Diretor, conforme determina o mesmo artigo citado da Constituição Federal de 1988.

art. 236 da Carta Magna, e não possuem, assim, relação de subordinação ao Poder Público Municipal.

Todavia, em grande medida, a consecução dos fins consagrados no citado art. 182 passará pelo Registro Imobiliário, cuja atividade deverá ter, então, uma relação de coordenação com o Município, em ordem a atingir tais objetivos. Será necessário, pois, harmonizar a atuação do Município com a atuação do Registro de Imóveis, cada um com suas respectivas regras, que não deverão criar situações paradoxais insustentáveis, mas sim oferecer soluções para os problemas que sem dúvida nenhuma surgirão.

Não há, aqui, lugar para a interpretação que crie problemas em vez de solucioná-los. Estamos diante da grave responsabilidade do hermeneuta em compatibilizar regras – no mais das vezes infraconstitucionais – para dar concretude à determinação constitucional. Nenhum intérprete, ao trabalhar com as leis ordinárias, pode fazê-lo sem lembrar e estar inspirado pela idéia de que suas conclusões devem propiciar o atendimento da "função social da cidade" e do "bem-estar de seus habitantes".

Carlos Maximiliano há muito tempo já nos advertia que a hermenêutica deve preocupar-se com o resultado de cada interpretação, de sorte a evitar uma "conseqüência incompatível com o bem geral".[3]

É um dos aspectos que mais reclama intervenção do Estado em nossos dias é a necessidade de se proceder à "regularização fundiária" de áreas hoje situadas à margem das cidades.

Ao estudarmos esse tema, não se pode perder de vista a advertência bem posta por Betânia de Moraes Alfonsin, que chama a atenção para o fato de que seria uma visão reducionista enxergar os processos de regularização apenas pelo seu viés jurídico. Em suas palavras, nessa modalidade de regularização:

"O objetivo do Poder Público seria tão-somente garantir, juridicamente, a continuidade do exercício do direito de moradia à população. Aqui, a preocupação e o foco do trabalho estaria na operação jurídica capaz de transformar a posse dos ocupantes em propriedade ou em direito de uso, através da utilização respectiva dos instrumentos da usucapião urbana ou do contrato de concessão de direito real de uso".[4]

Assim, não se descura que a regularização fundiária deve constituir-se de um trabalho multidisciplinar, que abranja as várias dimensões em que o problema se manifesta, sob seus aspectos jurídicos, urbanísticos, físicos e sociais.

Contudo, e conforme a mesma autora prossegue asseverando, não se pode olvidar a importância da regularização jurídica dos lotes. Salta aos olhos de quem se detém sobre o problema habitacional brasileiro que a insegurança da propriedade desestimula o investimento. A segurança jurídica traz de imediato tranqüilidade ao morador, e desencadeia iniciativas na melhora da habitação e,

3. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 133.
4. ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de regularização fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 211.

conseqüentemente, da coletividade na qual ela se situa. Há, também, inegáveis reflexos sobre a produção e circulação de riquezas, na medida em que se ativa o crédito imobiliário.

Portanto, sem em momento algum deixar de lado ou diminuir a importância dos demais aspectos que devem ser contemplados no processo regularizatório, vamos nos deter na regularização jurídica ou, mais especificamente, em um aspecto da regularização jurídica, que é especialização do imóvel a ser regularizado junto ao Registro de Imóveis, em ordem ao atendimento do princípio da especialidade que informa o sistema registral brasileiro.

Isto porque é nítida a necessidade de equilibrarmos os dois institutos: a regularização fundiária que atenda às necessidades sociais de amplas camadas da população com a segurança jurídica e publicidade proporcionadas pelo Registro de Imóveis que, sem dúvida nenhuma, são pressupostos para que a propriedade cumpra sua função social, conforme determina nossa Carta Magna.

Para demonstrar isso, julgamos necessário desenvolver um pouco mais o tema da função social do Registro de Imóveis.

3. Função social do registro de imóveis

Ao tratarmos desse tema, cumpre por primeiro ressaltar que "interessa à coletividade, ao público, que os negócios imobiliários se concretizem da maneira mais transparente possível, isto é, com a maior publicidade".[5]

Referindo-se ao direito espanhol, bastante similar ao nosso, Angel Cristóbal Montes assevera que "todo mecanismo publicitário há de configurar-se logicamente como instrumento que possibilite aos interessados a aquisição do conhecimento das situações de fato publicados",[6] elencando como justificativa a essa afirmação, entre outros motivos, uma melhor proteção à boa-fé nas contratações, a segurança das transações imobiliárias e conseqüente segurança da circulação de riquezas, e a melhor possibilidade de conhecimento dos direitos reais por parte da sociedade, até para que essa possa respeitar esses direitos.

O Registro de Imóveis é a *longa manus* do direito das coisas e, como tal, é o instrumento por excelência para operacionalizar a função social da propriedade e, por conseqüência, dos outros direitos reais dela oriundos.

Nesse sentido, Ricardo Dip assevera que o "registrador, atuando como guardião jurídico da propriedade privada e, assim, como garante mediato das liberdades concretas do povo – incluso em face do Estado – exerce função social essencialmente ordenada à segurança jurídica. E não se pode falar seriamente em função social da propriedade imobiliária se não se respeitar a função social de seu maior guardião, o registrador de imóveis".[7]

5. MELLO, Henrique Ferraz de. Função social da propriedade e registro de imóveis. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 320.
6. MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Trad. Francisco Tost. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 16 e 27.
7. DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: RT, n. 54, p. 33, jan.-jun. 2003.

O mesmo autor averba também que um primeiro aspecto que salta aos olhos quando se trata da função social do Registro Imobiliário é a circunstância de que é precisamente ele o instrumento que torna possível "delimitar exatamente o que é de um e o que é de outro".[8] Embora muitas vezes não nos apercebamos disso, a ordem natural das coisas não diz o que é de um e o que é de outro, emergindo daí a necessidade de critérios para evitar conflitos que possam emanar da falta da correta separação, distinção, dos bens sobre os quais recaem o direito de propriedade de cada um. Evidente o grande potencial de conflitos que são evitados com a atuação do um sistema registral eficiente. Daí a lição de Ricardo Henry Marques Dip afirmando que "isso mostra que o registrador possui sim uma função social eminente: cabe a ele, no exercício da tarefa registrária, ao fazer essa delimitação, permitir que a propriedade cumpra o seu papel".[9] É com essa demarcação que fica garantido aos particulares o livre exercício do seu direito de propriedade, que terá a segurança de saber que esse direito só será suprimido ou restringido de conformidade com os procedimentos legais, constituindo-se o registro imobiliário, pois, em eficiente instrumento a serviço do *due process of law*, princípio alçado à condição de cláusula pétrea em nosso vigente sistema constitucional.[10] E essa liberdade é garantida "pela atividade séria do registrador imobiliário".[11]

Nesse sentido, cuidou o legislador de disciplinar o "princípio da legalidade", que em essência "atribui ao legislador a função [social] de qualificar os títulos postos à sua apreciação".[12] O registrador é ator fundamental no cenário do tráfego imobiliário, e não há como, hodiernamente, exigir-se dele uma postura passiva, como se fosse mero receptor e chancelador dos atos praticados pelos particulares. Ao revés, como evidenciam Ary José de Lima, Kiotsi Chicuta e Sergio Jacomino,[13] "no mundo moderno do tráfico jurídico-imobiliário a atividade meramente passiva desvaloriza o profissional do direito dedicado ao exercício da prática registrária", posto que cabe ao jurista imobiliário "impedir a fraude imobiliária sob as suas múltiplas e variegadas formas, opondo-se energicamente a cláusulas que, por necessidade e conveniência social, ofendem a ordem pública e, portanto, acoimadas de nulas", devendo então o registrador participar ativamente da criação de mecanismos de purificação e saneamento dos defeitos que maculem os atos jurídicos que versem sobre imóveis e estejam sujeitos a registro, ainda que seja para afastar os títulos que pretendam ingresso no fólio real, por não reunirem os requisitos para tanto. Nesse sentido, a atividade do registrador,

8. DIP, Ricardo Henry Marques. *TV Justiça entrevista Ricardo Dip sobre a segurança jurídica do registro de imóveis*. Disponível em: <http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel686a.asp>. Acesso em: 28 set. 2006.
9. Idem, ibidem.
10. Art. 5.º, LIV, da CF/88.
11. DIP, Ricardo Henry Marques. *TV Justiça*... cit.
12. MELLO, Henrique Ferraz de. Função social... cit., p. 332.
13. LIMA, Ary José de Lima; CHICUTA, Kioitsi; JACOMINO, Sérgio. *Alguns aspectos da qualificação registrária no registro de parcelamento do solo urbano e o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.irib.org.br/rdi/rdi41.asp>. Acesso em: 28 set. 2006.

em grande medida consubstanciada na qualificação registral, tem nítido caráter instrumental protetivo-social.[14] Aliás, pode-se afirmar, guardadas as devidas proporções, que o registro imobiliário tem feição instrumental, estando para o direito das coisas como o processo civil está para o direito civil em geral.[15]

O Registro, como afirma Jesus Lopez Medel, não é uma instituição homologadora simplesmente a "serviço dos interesses privados", senão "instituição de defesa da ordem pública e de manutenção da segurança social".[16]

Assim, hodiernamente, defender uma postura ativa do Oficial Registrador, buscando instrumentalizar a função social da propriedade imobiliária por meio das suas atribuições, não é uma conclusão cerebrina, saída da cabeça deste autor tal qual Minerva emergindo da cabeça de Júpiter, arrancada com um martelo.[17]

Na atividade qualificadora, age o Oficial Registrador com independência,[18] limitada, por óbvio, pela lei e pelos comandos normativos, posto que a Lei Federal 8.935/94, em seu art. 29, XIV, elencou entre os deveres do Registrador "observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente".

Por evidente, no exame da legalidade, inevitavelmente terá o Registrador que exercer, em alguma medida, uma atividade de "subsunção" do título que lhe é apresentado aos tipos legais previstos na legislação como aptos para ingresso no Registro Imobiliário. Qualquer atividade nessa seara envolve elementos de interpretação, de hermenêutica. Não é demais lembrar o magistério de Carlos Maximiliano quando enfaticamente assevera que tudo se interpreta, tudo reclama hermenêutica, por que "a palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas".[19] Em suma, afirma o renomado mestre que não há lugar, no direito moderno, para a velha parêmia *in claris cessat interpretatio*. Até mesmo aquele que afirma que determinado texto legal é claro valeu-se, para tanto, da exegese, porque para concluir que há clareza no texto teve que, primeiro, procurar conhecer o seu sentido, o que já é interpretar.

14. AMADEI, Vicente de Abreu. *Anotações para uma reflexão sobre o aspecto instrumental do registro imobiliário no controle urbanístico da propriedade*. Disponível em: <http://www.irib.org.br/rdi/rdi31-32-022.asp>. Acesso em: 04 out. 2006.
15. MELLO, Henrique Ferraz de. O princípio da convalescença registral e a boa-fé. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: RT, v. 53, p. 56, jul.-dez. 2002.
16. MEDEL, Jesus Lopez. *Teoria del registro de la propiedad como servicio público*. 3. ed. Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Apud MELLO, Henrique Ferraz de. Função social... cit., p. 359.
17. De acordo com os antigos mitos gregos, Júpiter, "depois de haver devorado Métis, ou a Prudência, sentindo uma grande dor de cabeça, recorreu a Vulcano, que, com um golpe de malho, fendeu-lhe o crânio; dessa abertura saiu Minerva (...)" (PUGLIESI, Marcio. *Mitologia greco-romano:* arquétipos dos deuses e heróis. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005. p. 57).
18. Assim é comando legal constante do art. 28 da Lei Federal 8.935/94, *verbis*: "Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições (...)".
19. MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 39.

Portanto, reconhece-se ao Oficial Registrador a independência para qualificar o título, sob a égide do princípio da legalidade, mas dentro do seu entendimento do que seja tal legalidade.[20]

Isso não deveria nos causar preocupação ou receio, porque de acordo com a lei o Registrador é "profissional do direito"[21] e, portanto, espera-se que sua atuação seja marcada pela razoabilidade e bem fundamentada, como de rigor. Mormente no novo sistema constitucional, em que o acesso às delegações notariais e registrais é obrigatoriamente feita por concurso público,[22] há uma expectativa de que esses "profissionais do direito", passando pelo duro crivo de tais concursos, sejam mesmo amplamente qualificados para o mister que irão exercer.

Ora, sabe-se que um dos aspectos em que os princípios têm grande relevância é o de nortear a atividade interpretativa.

Assim, se o Registrador vai exercitar a prática da hermenêutica, firmando o sentido e o alcance dos textos que deve observar e "subsumindo" os títulos protocolados em sua serventia a tais tipos legais, deverá buscar algum balizamento para essa atividade, e o encontrará nos princípios, dos quais sobreleva para sua atividade o da "função social da propriedade", que deverá estar presente o tempo todo em seu espírito, ao exercer sua atividade qualificadora.

Daí que alguns aspectos devem ser levados em conta nesse momento. Por primeiro, colimando ser instrumento eficaz da "função social da propriedade", deve o Oficial Registrador ter em mente que o registro do título atende a esse fim, e não sua recusa. Noutros termos: espera-se que todos os títulos que versem sobre direitos reais imobiliários sejam efetivamente registrados, posto que interessa à sociedade ter publicidade plena e eficaz do tráfego imobiliário.

Desmistifica-se com essa afirmação, em um primeiro momento, a idéia de que os Registros Imobiliários são verdadeiros ofícios de "não-registro", ou de "devolução", porque vivem a criar embaraços ao acesso dos títulos ao registro. É do interesse social que todos os títulos acorram ao Registro Imobiliário, e sejam efetivamente registrados.

Pauta-se a atividade registrária, portanto, pelo princípio do máximo ingresso possível dos títulos ao álbum real, porque esse máximo ingresso atende aos reclamos da função social da propriedade, que é avessa ao oculto, à clandestinidade, exigindo publicidade plena e eficaz. "Quanto maior a publicidade dos atos de registro, maior a função social da propriedade é alcançada, porque, em última análise, justamente nessa ótica da predominância do interesse público é a coletividade a principal destinatária dos registros públicos."[23] Acrescenta João Pedro Lamana Paiva que "como dizia o grande Serpa Lopes, em matéria de Registro de Imóveis toda a interpretação deve tender para facilitar e não

20. Embora, insista-se, haja grande atuação das Corregedorias dos Estados determinando normas técnicas a serem observadas pelos Registradores, o que em grande medida diminui sua liberdade para qualificar os títulos que lhe são apresentados, posto que ficam vinculados às normas editadas pelos corregedores.
21. Art. 3.º da Lei Federal 8.935/94.
22. Art. 236, § 3.º, da CF.
23. MELLO, Henrique Ferraz de. Função social... cit., p. 344.

para dificultar o acesso dos títulos ao Registro, de modo que toda a propriedade imobiliária, e todos os direitos sobre ela recaídos fiquem sob o amparo de regime do Registro Imobiliário e participem dos seus benefícios".[24] A função social não veio, assim, para impedir o registro, criar dificuldades, perseguir e massacrar os proprietários. Ela vem clamar, todavia, para que os proprietários e a sociedade vivam o *solidarismo* que o novo Código Civil buscou instrumentalizar: há que se ter, aqui também, solidariedade entre o particular e a coletividade.

Não se pode descurar que é o registro que atribui oponibilidade *erga omnes* às aquisições imobiliárias,[25] o que não interessa apenas ao proprietário-particular, mas a toda a coletividade que, afinal de contas, quer poder contar com a proteção estatal para sua propriedade. Se o terceiro não pode injustamente molestar a propriedade de seu vizinho, também não poderá molestar a sua! É óbvio o interesse social no respeito à propriedade.

Ademais, o registro disponibiliza para todos os atores sociais o *status juris* de um imóvel, com todas as suas vicissitudes. Indica qual é o corpo físico que constitui aquela unidade imobiliária objeto do interesse, bem como quem são os titulares de direito sobre o mesmo, e quais são esses direitos. Fornece assim amplo instrumental a serviço das pessoas e órgãos encarregados de fomentar e materializar a função social da propriedade. O Ministério Público Ambiental, por exemplo, pode verificar se no imóvel encontram-se averbadas as áreas de reserva legal e, de posse da descrição constante da matrícula, constatar *in loco* se a mesma está sendo obedecida ou não. A Prefeitura pode valer-se da matrícula como ferramenta eficaz no controle urbanístico.

Como se não bastasse, Fernando P. Mendez González destaca que o mercado imobiliário é fonte de riquezas para uma Nação, gerando empregos, tributos etc., e citando o relatório *From plan do market, World Development Report* confeccionado pelo Banco Mundial em 1996, aduz que "um registro da propriedade torna-se fundamental e essencial para o desenvolvimento de uma economia de mercado funcional. Melhora a segurança da titularidade e da posse, diminui os custos das transferências de bens e proporciona um mecanismo de baixo custo para resolver as eventuais disputas sobre os bens [...] como conseqüência, pode-se afirmar que quanto mais eficientemente um sistema registral prestar sua função, em maior medida poderá contribuir ao crescimento econômico".[26]

3.1 A publicidade registral eficaz: um direito difuso

Tudo o que se disse até aqui sobre a função social da propriedade e a função social do Registro de Imóveis aplica-se à questão da retificação registral. Defendemos que a mesma transcende em muito o mero interesse do particular.

24. PAIVA, João Pedro Lamana. *Escrituras públicas* – Certidões de feitos ajuizados. Disponível em <http://www.irib.org.br/opiniao/boletimel529e.asp>. Acesso em: 4 out. 2006.
25. Art. 172 da Lei Federal 6.015/73.
26. GONZALES, Fernando P. Mendéz. A função econômica dos sistemas registrais. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo: RT, v. 53, p. 13, jul.-dez. 2002.

Ora, na lição de Luiz Manoel Gomes Junior, forte nos ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli, os direitos difusos são como "um feixe de interesses individuais, com pontos em comum", nos quais há impossibilidade de se determinar, com precisão, quem seja o seu titular ou beneficiado, posto tratar-se de um direito que transcende a um indivíduo, podendo ser exercitado em conjunto em razão de elementos comuns.[27] O mesmo autor averba em outro lugar que "o princípio da publicidade é amplamente adotado nos diversos ordenamentos jurídicos, cuja finalidade é proteger os atos praticados com boa-fé e, ainda, tornar possível o conhecimento destes pela comunidade", e prossegue asseverando que "quatro são os motivos que justificam a adoção de tal princípio: a) a segurança nas diversas transações imobiliárias; b) o conceito do bem imóvel enquanto fonte segura de riquezas; c) a necessidade de mecanismos para a decisão dos litígios; e d) garantias seguras para o crédito".[28]

E a publicidade registral, no dizer de Walter Ceneviva, além de transmitir aos terceiros interessados ou mesmo não interessados a informação do direito correspondente ao conteúdo do registro, também atende a fins estatísticos, por exemplo, de interesse nacional ou de fiscalização pública.[29]

Para que haja efetiva e eficaz publicidade, o Registro de Imóveis deve espelhar com a maior precisão possível a realidade física e jurídica do imóvel. É isso que irá atender às necessidades da coletividade, dando-lhe a conhecer os reais limites e conteúdos do imóvel registrado e dos direitos sobre ele incidentes, além de fornecer os dados essenciais e indispensáveis para que seja possível a instrumentação da função social da propriedade imobiliária, facilitando sobremaneira a implantação e fiscalização dos institutos voltados à proteção e desenvolvimento ambiental, econômico e urbanístico.

O Registro de Imóveis consubstancia, assim, a ferramenta eficaz e indispensável colocada à disposição da coletividade, o que demonstra com clareza que não estão em jogo apenas os interesses disponíveis dos titulares de domínio sobre o imóvel.

A clandestinidade é inimiga figadal da função social da propriedade e não interessa à coletividade.

Mas uma publicidade "capenga" também não alcança o fim colimado. É necessário que se publicize a situação fática e jurídica mais próxima possível da realidade. De nada adianta publicizar, por exemplo, uma descrição precária, que não permite sequer identificar a localização do imóvel.

Daí defendermos que, v.g., se for necessário para melhor aplicação das normas ambientais e urbanísticas, os legitimados para o manejo da ação civil pública poderão, sem dúvida, acionar por essa via os titulares de domínio, em ordem a impor-lhes obrigação de fazer a retificação registral.

27. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso...* cit., p. 8.
28. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A penhora – Necessidade de registro – Um novo direito real?. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, v. 8, p. 123, out.-dez. 2001.
29. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

A Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo, por exemplo, reconheceu isto implicitamente, ao entender necessária a participação do Ministério Público em procedimentos judiciais-administrativos de retificação registral, em face do marcante interesse social existente e invocando o art. 127, *caput*, da CF, que estabelece que "entre outras atribuições, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais disponíveis". Ora, ao recorrer a este dispositivo, parece inegável que o órgão censório paulista entendeu claramente que a retificação registral é mesmo direito difuso, marcado pelo flagrante interesse social na publicidade e segurança fornecidas pelos registros públicos.

3.2 Função social da retificação registral

Por tudo que ficou dito até aqui, defendemos que a retificação do registro imobiliário, para muito além de atender apenas aos interesses individuais do proprietário, é absolutamente indispensável para que Registro de Imóveis cumpra, também, a sua função social, que é de emprestar publicidade, autenticidade e segurança jurídica ao tráfego imobiliário, fonte de produção e circulação de riquezas para a sociedade, além de disponibilizar o "espelho" do *status juris* do imóvel, possibilitando que *ictu oculi* qualquer interessado esteja plenamente instrumentado, com uma simples certidão atualizada, para tomar as decisões ou providências que exigem informação plena e segura.

Esse fim ficaria esvaziado se o registro não indicasse a real situação do imóvel, física e jurídica. De que adiantaria um repositório de informações não confiáveis?

Daí por que postulamos que a retificação do registro imobiliário, quando este contiver omissão, imprecisão ou não exprimir a verdade, além de constituir por óbvio um direito dos proprietários e demais titulares de direito sobre o imóvel, é direito de toda a coletividade, um direito difuso, portanto, e, corolário inafastável, dever do proprietário. Talvez essa nova proposição cause espécie em uma primeira leitura, mas como adverte José Ortega y Gasset, se pretendermos fazer ciência, não podemos olvidar que "aquele que descobre uma nova verdade científica teve que triturar antes quase tudo que tinha aprendido e chega a essa nova verdade com as mãos ensangüentadas por ter estrangulado incontáveis lugares-comuns",[30] de nada adiantando apenas repetir, estereotipar.[31]

Os vícios registrais criam graves entraves à consecução da função social da propriedade imobiliária, na medida em que obstam sua circulação ou, em extremo, jogam o imóvel a uma situação de clandestinidade e marginalidade jurídica, o que seguramente não interessa à sociedade.

Norberto Bobbio já advertia que o problema real que devemos enfrentar não é mais tecer longas perorações filosóficas sobre o direito, mas sim buscarmos "o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes decla-

30. GASSET, José Ortega y. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 193.
31. Idem, p. 24.

rações, eles sejam continuamente violados".[32] De que adianta a Constituição Republicana declarar solenemente que a propriedade deve atender sua função social, se não aparelhamos o ordenamento jurídico com os instrumentos necessários para tanto?

Por óbvio que o registro imobiliário não é o único dos instrumentos com tal desiderato, mas certamente pode e deve ser uma poderosa ferramenta a serviço da sociedade, em ordem a coibir, por exemplo, que a propriedade imobiliária, informada apenas por um interesse patrimonial individual de seu titular, possa vir a fragilizar os valores ambientais e urbanísticos e, por que não, tributários, já que também há um patente interesse social que os detentores de riqueza contribuam com a Nação na medida de suas possibilidades.

E são conhecidas dos operadores do direito as dificuldades enfrentadas na busca desses fins quando, ao solicitar uma certidão no Registro de Imóveis, esta mostra imprecisões, omissões, faltas com a verdade física e jurídica do imóvel.

Em conclusão, temos que a retificação do registro imobiliário omisso, impreciso, ou que não exprima de qualquer forma a verdade fática e jurídica do imóvel, é direito, mas também dever do proprietário.

Colocadas essas premissas, veremos a seguir um aspecto fundamental do sistema registral, sem o qual todas as considerações até aqui expedidas se veriam inviabilizadas: o princípio da especialidade.

4. O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE NO REGISTRO DE IMÓVEIS

O princípio da especialidade significa que "toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado",[33] idéia que se aplica não apenas aos imóveis mas também a toda dívida que seja garantida por um direito real, já que deverão ser indicados, nos termos do art. 1.424 do CC, o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo (inc. I); o prazo fixado para pagamento (inc. II); a taxa de juros, se houver (inc. III) e o bem dado em garantia, com todas as suas especificações (inc. IV).

Na Espanha, José Manoel García e Garcia o conceitua como o princípio "en virtud del cual todos los elementos de la publicidad inmobiliaria, la finca, el derecho, el titular, el título y el asiento, están sujetos a la idea de claridad, de tal modo que han de estar perfectamente identificados y clarificados".[34]

Também em Espanha, Maria Goñi Rodriguez de Almeida, após elencar várias definições para o princípio da especialidade, observa que "probablemente, la frase que mejor defina ese núcleo del principio de especialidad sea la siguiente: la especialiad registral consiste en definir o especificar todos los elementos de la relación jurídico-registral".[35]

32. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.
33. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 243.
34. GARCIA, José Manoel García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*. Madrid: Civitas, 2002. t. III, p. 1.471.
35. ALMEIDA, María Goñi Rodríguez. *El principio de especialidad registral*. Madrid: Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2005. p. 13.

A inobservância desse princípio é, no cotidiano dos Registros Imobiliários, o que dá mais azo para o manejo dos procedimentos retificatórios, quer judiciais, quer administrativos.

Com relação aos imóveis, sua especialização há de ser tal que determine de forma o mais inequívoca possível seu lugar no espaço terrestre, extremando-o de outros, com sua "individualidade autônoma, com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto, heterogêneo em relação a qualquer outro".[36] Esse é o aspecto objetivo do princípio da especialidade, ou a "especialidade objetiva", que na lição de Ricardo Henry Marques Dip implica que "a determinação de um imóvel, corpo físico, unitário e atual, em ordem à sua matriculação, é o que se entende sob a denominação de especialidade objetiva. Determinar essa substância corpórea indivídua é identificá-la por algumas das categorias ou predicamentos que nos dizem qual é o modo de ser da substância. Em particular, o que se faz com determinar um imóvel é responder a estas indagações: qual é o seu tamanho? Qual é a sua figura? Onde se localiza? Em outros termos: quais são sua quantidade, sua qualidade e seu lugar?".[37]

Com esse escopo, a vigente Lei de Registros Públicos exige em seu art. 176, I, 3, *b*, que a descrição dos imóveis urbanos consigne suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e sua designação cadastral, se houver. Já para os imóveis rurais, o art. 176, II, 3, *a*, determina que sejam indicados o código do imóvel,[38] os dados constantes do CCIR, a denominação do imóvel, suas características e confrontações, bem como sua localização e área.

De se notar que a especialização de imóveis rurais sofreu profunda alteração com o advento da Lei Federal 10.267/2001, e que, no mais das vezes, são os que apresentam maior precariedade na descrição, sendo que Venicio Antonio de Paula Salles chega a afirmar que "os problemas se agigantam quando o imóvel envolve glebas e grandes áreas, descritas sem qualquer esmero ou rigor, mormente em atenção à claudicante legislação que antecedeu a atual Lei de Registros Públicos. Nestes casos, além da imprecisão das próprias medidas, a descrição envereda por padrões extremamente incertos e temerários, sendo comuns as descrições que são 'amarradas' a córregos, valos, árvores, cumes e demais acidentes geográficos".[39]

36. CARVALHO, Afrânio de. Op. cit., p. 247.
37. DIP, Ricardo Henry Marques. *Do controle da disponibilidade na segregação imobiliária*. Trabalho apresentado no XIV Encontro Nacional dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, 1987. Apud ORLANDI NETO, Narciso. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 66.
38. A Lei Federal 10.267/2001, que alterou a Lei 4.947/66, criou o Cadastro Nacional de Imóveis Rurais (CNIR), cujo número, após a implantação do sistema, corresponderá ao número do CCIR e deverá "ser mencionado nos atos notariais e registrais de que tratam os §§ 6.º e 7.º do art. 22 da Lei 4.947/66, e a alínea *a* do item 3 do art. 176 da Lei 6.015/73", conforme dispõe o art. 4.º, § 6.º, do Dec. 4.449/2002, regulamentador da referida lei.
39. SALLES, Venicio Antonio de Paula. *Direito registral imobiliário*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 15.

Há histórias bem conhecidas, que já entraram para o folclore do registro imobiliário, acerca de descrições que consignavam que a linha perimetral do imóvel ia até um ponto aonde pastava determinada vaca, ou aonde havia determinada árvore, entre outras.

Esse princípio é de tal importância para o bom funcionamento do Registro Imobiliário que a Lei de Registros Públicos preocupou-se em assentar que todo e qualquer título que pretenda ingresso no fólio real deve observá-lo, inclusive os judiciais, disciplinando expressamente em seu art. 225 que "os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário".

Vê-se daí que a possibilidade da venda com as conhecidas cláusulas *ad corpus* e *ad mensuram* não se ajusta bem à técnica adotada pela Lei de Registros Públicos, embora tenham inegável utilidade para resolver problemas resultantes da má especialização do imóvel, já que o princípio da especialidade ainda não é efetivamente observado em todo o território nacional. Idealmente, todo imóvel deveria ser especializado a ponto de não ser mais possível a sua venda sem constituir um corpo certo e determinado. E, no registro imobiliário, "consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior".[40]

Aliás, um elemento importante sobre o princípio da especialidade é a necessidade de atualizar a legislação, ou ao menos o entendimento jurisprudencial-normativo, no que pertine à forma de sinalizar o imóvel na matrícula, que hoje é descrevendo-o por escrito. Parece-nos que seria bem melhor se fosse possível incluir no preâmbulo da matrícula, logo após essa descrição escrita, a reprodução da planta do imóvel, o que facilitaria em muito a visualização da situação do mesmo.

Afrânio de Carvalho já consignava que "a planta então representa o imóvel com suas características e confrontações, e dá uma idéia mais nítida dele do que a descrição constante do título",[41] acrescentando Venicio Antonio de Paula Salles que "a descrição matricial através de plantas poderia facilitar a exata compreensão das divisas tabulares, permitindo uma apresentação mais precisa e mais rápida. Os caminhos para o aprimoramento registral devem seguir esta trilha".[42] A idéia também vem sendo defendida, recentemente, por Eduardo Agostinho Arruda Augusto, a partir do 19.º Encontro Regional de Registradores Imobiliários em Araraquara, São Paulo, conhecido como "GeoAraraquara",[43] chegando mesmo a aduzir que "não tardará o dia em que as matrículas trarão em seu bojo

40. Art. 225, § 2.º, da Lei de Registros Públicos.
41. CARVALHO, Afrânio de. Op. cit., p. 395.
42. SALLES, Venicio Antonio de Paula. Op. cit., p. 25.
43. AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. Especialidade objetiva – um princípio registral em questão. *Boletim Eletrônico IRIB* 1.811. Disponível em: <www.irib.org.br>.

a planta do imóvel. Com a popularização da informática e com o constante aprimoramento tecnológico, isso pode ocorrer a qualquer momento. Aliás, não há qualquer óbice legal para que isso seja feito hoje pelo registrador que assim desejar. Existem apenas óbices técnicos para que isso seja feito hoje por todos, uma vez que os cartórios teriam que possuir softwares específicos para isso".

Ad ultimum, mister consignar que se por um lado a precisa descrição e caracterização do imóvel atendam à especialidade objetiva, por outro lado exige a Lei de Registros Públicos, também em seu art. 176, que os titulares de direito sobre o imóvel também sejam precisamente identificados, reclamando, pois, que haja também atenção à especialidade subjetiva. Deverão, pois, ser declinados o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como o estado civil, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da Cédula de Identidade, ou, à falta deste, sua filiação, caso se trate de pessoa natural, e a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes (CNPJ/MF) do Ministério da Fazenda, se se tratar de pessoa jurídica.

5. A retificação do registro imobiliário e Zonas Especiais de Interesse Social (Zeis)

5.1 Generalidades

Conforme já se afirmou neste trabalho, o sistema de registro imobiliário busca uma perfeita coincidência entre a realidade e o que consta dos assentamentos registrários. No entanto, essa coincidência nem sempre é alcançada e, ademais, erros podem acontecer em algum momento da história jurídica do imóvel que, de uma forma ou de outra, conseguem aceder ao registro. Além disso, há a hipótese muito freqüente de imóveis que ainda estão à margem do sistema registral e que, quando atraídos para ele, precisam se adequar à nova realidade técnico-jurídica que regulamenta o sistema. Há, nessa mesma circunstância, parcela significativa de imóveis que, embora já constem dos assentamentos registrários, ainda não se conformaram aos princípios hoje vigentes, princípios estes, aliás, em contínuo desenvolvimento e aperfeiçoamento, posto terem sido levados a registro há anos e mesmo décadas atrás, o que reclama providências da parte dos interessados para adequá-los à nova ordem legal e normativa.

A inobservância a qualquer tempo dos princípios informadores do registro imobiliários, e no que pertine mais de perto a este trabalho, do "princípio da especialidade" já exposto alhures, pode contaminar o registro. Aliás, Tabosa de Almeida ressalta que se fossem "observados todos os princípios jurídicos que não apenas informam, mas norteiam e orientam a perfeita realização dos atos registrais" não seria "possível surpreender nenhuma inexatidão nem, tampouco, pensar em fórmulas retificatórias".[44]

A retificação poderá ser do próprio direito inscrito, se ocorrer do erro registrário tornar "público um direito que não existe, ou existe sem a mesma

44. ALMEIDA, Tabosa. Das inexatidões registrais e sua retificação. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 11, jan.-jun. 1983. Disponível em: <www.irib.org.br>.

extensão", ou omitir "outro direito que, na realidade, existe",[45] e poderá, também, ser dos fatos constantes do registro, destinando-se a corrigir "imprecisões relativas às características do imóvel ou à identificação das pessoas envolvidas no registro".[46]

Oportuna também a lição de Ricardo Henry Marques Dip, que pontifica que "retificar, portanto, é suprir uma privação, é dar uma perfeição ao que ou a quem ela falta. Ora, a imperfeição deriva de algum modo do não-ser daquilo ou daquele em que há privação. Logo, retificar é, de certa maneira, dar um ser a quem dele está privado, é atualizar uma potência. Nisso já se pode identificar a conversão dos transcendentais. A retificação, em suma, é, pois, em sentido amplo, uma espécie de *adaequatio*, uma relação de conveniência (*conformitas*) intelectual, moral, estética, ou, mais rigorosa e redutivamente, uma relação de adequação ontológica (*veritas est adaequatio ei et intellectus; versus est indiviso esse, manifestativum esse; ens et bonun convertuntur*)".[47]

Já o Código Civil de 1916 veio prever a possibilidade de retificar o registro imobiliário, dispondo em seu art. 860 que "se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique", acrescentando ainda em seu art. 967 que "se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado, deve assistir o proprietário na retificação do registro, nos termos do art. 860".

Comentando esse artigo, aduzia Clovis Bevilaqua que a retificação é "um recurso necessário, em face do valor dado ao registro. Presume-se verdadeira a declaração nele contida; mas, se por qualquer circunstância, for inexato, não se pode recusar ao prejudicado o direito de retificá-lo".[48]

A possibilidade de retificação era corolário do próprio sistema adotado em nosso ordenamento civil, que optou por emprestar à transcrição presunção *juris tantum* quanto à força probante do direito inscrito, de sorte que a eficácia da transcrição pode ser atacada por prova em contrário, conforme regrava o Código Civil de 1916 em seu art. 859, diferentemente do sistema germânico,[49] por

45. ORLANDI NETO, Narciso. Op. cit., p. 79.
46. Idem, p. 81.
47. DIP, Ricardo Henry Marques. Breves considerações sobre alguns temas relativos à "retificação de área". *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: RT, n. 37, p. 61, jan.-abr. 1996.
48. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1975. p. 1327.
49. A respeito, BGB § 892: "(1) Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Ver fügung über ein im Grundbuch eingetrgenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschänkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekkant ist. (2) Ist zu dem Erwerb des Rechts die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach § 873 erforder-

exemplo, em que o registro tem presunção *jure et de jure* de validade e eficácia, bem como do suíço, segundo aduz J. M. de Carvalho Santos, citando o art. 973 do CC helvético,[50] que prescreve que "aquele que adquire a propriedade, ou outros direitos reais, fundando-se de boa-fé, numa inscrição, é mantido na sua aquisição".[51]

Assim, no Brasil, o registro apenas fixa o ônus da prova, cabendo ao adversário do inscrito como titular do direito real produzi-la para desconstituir o registro. O registro no Brasil não tem, pois, efeito saneador. Se gera apenas uma presunção relativa de domínio, gera em conseqüência presunção relativa dos fatos e direitos constantes dele, que poderão, então, ser retificados, caso se mostrem descoincidentes com a verdade fático-jurídica.

A Lei Federal 6.015, de 31.12.1973, conhecida entre nós como Lei dos Registros Públicos, disciplinou a retificação dos assentos do registro de imóveis em seus arts. 213 a 216, que sofreram recente e profunda alteração pela Lei Federal 10.931, de 02.08.2004. A maior novidade foi permitir a retificação administrativa, sem, por óbvio, vedar a retificação por meio de procedimento judicial.

A novel redação do art. 212, *caput*, da Lei Federal 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), dispõe *in verbis*:

"Art. 212. Se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, a retificação será feita pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, por meio do procedimento administrativo previsto no art. 213, facultado ao interessado requerer a retificação por meio de procedimento judicial".

liche Einigung erst später zustande kommt, die Ziet der Einigung maβgeben," vertido para o espanhol por Emilio Eiranova Encinas nos seguintes termos: "1. Los contenidos del Registro se consideran correctos a favor de la persona que mediante un negócio jurídico adquiere un derecho a una finca a un derecho sobre dicha finca, a menos que se extienda un asiento de contradicción contra la corrección o a menos que el adquirente conozca la incorrección. Si el titular del derecho está restringido en lo que se refiere a la disposición del derecho inscrito en el Registro en beneficio de cierta persona, dicha restricción no es eficaz frente al adquirente, a menos que se deduzca como obvio del Registro o que el adquirente la conozca. 2. Si se exige la inscripción para la adquisición del derecho, la fecha de solicitud de inscripción o, si el acuerdo exigido según § 873 no se concluye hasta más tarde, entonces la fecha del acuerdo es decisiva en lo que se refiere al conocimiento por parte del adquirente" (ENCINAS, Emilio Eiranova. *Código Civil alemán comentado*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998. p. 289). Todavia, mesmo na Alemanha é possível a retificação registral.

50. Texto em francês, para comparação: "Celui que acquiert la propriété ou d'autres droits réels em se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier, est maintenu dans son acquisition".
51. CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 553.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira[52] omissão, entre outras denotações, sinaliza "falta, lacuna, ou ainda, o que se deveria fazer moral ou juridicamente". É dizer, portanto, que a retificação, nesta hipótese, tem por escopo fazer constar dos assentamentos tabulares o que sempre deveria ter constado e que, seja por erro do registrador ou por inércia ou desídia da parte interessada, restou omitido.

Já o vocábulo "imprecisão",[53] segundo o mesmo dicionarista, pode ser empregado com a acepção de exatidão, concisão, demandando o uso da linguagem com rigor sóbrio. Caracterizar-se-á a imprecisão nos lançamentos registrais, desta forma, até mesmo nas circunstâncias em que a má utilização semântica da linguagem empregada,[54] inclusive por atecnia jurídica, despertar dúvida no leitor, reclamando a retificação para melhor explicitar o conteúdo do registro, no que pertine ao imóvel, aos titulares de direito constantes do fólio real, bem como dos próprios direitos registrados. No mais, o vocábulo "imprecisão",[55] em sua acepção de "exatidão", constitui verdadeira cláusula aberta, tanto quanto a disposição acerca da não expressão da verdade,[56] a autorizar de forma ampla o acesso da parte interessada às vias retificatórias sempre que o registro não guardar identidade seja com a realidade fática, seja com a realidade jurídica, posto que uma ou outra dessas situações permite que o registro seja corrigido.

Com as considerações até aqui expendidas, podemos afirmar que a retificação do registro imobiliário colima, em sua faceta teleológica, fazer com que o registro espelhe fielmente a situação fática e a realidade jurídica do imóvel, ou, no dizer de Afrânio de Carvalho, o registro tem por objetivo "estabelecer uma correspondência tão exata quanto possível entre a situação registral e a realidade externa, sejam quais forem as vicissitudes por que passe o imóvel".[57] Narciso Orlandi Neto é ainda mais enfático, ao aduzir que "nosso sistema depende da existência de uma coincidência entre o registro e a realidade".[58]

52. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
53. Para Maria Helena Diniz, "falta de rigor ou exatidão" (DINIZ, Maria Helena. Falta de rigor ou exatidão. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2, p. 914).
54. Este tópico nos remeteria a um interessante estudo semiótico do registro imobiliário, aspecto que, ao menos pelo que temos notícia, não foi desenvolvido ainda pela doutrina nacional.
55. Para Venicio Antonio de Paula Salles, o vocábulo "imprecisão" foi utilizado aqui com o sentido de informação inexata, desviada, fruto de erro ou equívoco (SALLES, Venicio Antonio de Paula. Op. cit., p. 40).
56. Para Walter Ceneviva, o "conceito de *verdade*, ao qual o artigo se refere, não é jurídico. Trata-se de palavra equívoca, do ponto de vista do direito. É razoável entendê-la como a perfeita consonância entre o negócio jurídico declarado, a intenção de seus signatários e a realidade consubstanciada no respectivo instrumento" (CENEVIVA, Walter. Op. cit., p. 454).
57. CARVALHO, Afrânio de. Op. cit., p. 176.
58. ORLANDI NETO, Narciso. Op. cit., p. 77.

É de se ressaltar também a observação feita por Venicio Antonio de Paula Salles, que adverte que há um primeiro impulso interpretativo de se ver no novo rol do art. 213 um elenco taxativo, afirmando, porém, que "esta primeira conclusão nos parece inexata por desconsiderar o propósito e a teleologia ínsita ao novo diploma legal, que não teve outra finalidade a não ser a de destravar o anacrônico sistema retificatório, trazendo padrões mais moldados aos interesses práticos e operativos, visando facilitar e ampliar as formas possíveis para o devido aperfeiçoamento registral".[59] Nessa esteira, defende referido autor que o rol do art. 213 da Lei de Registros Públicos seja considerado como elencando hipóteses meramente exemplificativas (*numerus apertus*).

A nova redação do art. 213 manteve, em linhas gerais, as modalidades de retificação prevista no ordenamento anterior, do ponto de vista subjetivo, a saber: retificação *ex officio*, unilateral e bilateral.

Na primeira, temos a atuação do Oficial Registrador bastante ampliada, posto que, até então, o mesmo só podia proceder a uma retificação registrária, sem que houvesse instância da parte interessada, na hipótese do chamado "erro evidente", terminologia que constava da antiga redação do art. 213, § 1.°, da Lei de Registros Públicos, não repetida na alteração introduzida pela Lei Federal 10.931/2004, mas que já se tornou de uso corrente na *praxis* registral e, de toda sorte, exprime na substância a previsão do novo inc. I, alínea *a*, do art. 213.

O "erro evidente" continua sendo, na nova dicção legal, como já o era antes, a "omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título".[60] É dizer: trata-se de erro verificável *prima facie* no confronto entre o registro e o título causal, prescindindo de quaisquer perquirições outras. O Registrador transpõe equivocadamente os dados e elementos constantes do título.

Essa era a hipótese consagrada na legislação registral. O novo diploma, avançando, possibilitou, contudo, como se disse alhures, a atuação não provocada do Registrador em todas as hipóteses do inc. I do art. 213. Assim, está o Registrador agora autorizado,[61] de ofício, a fazer constar no registro, a indicação ou atualização de confrontação; alteração de denominação de logradouro público, comprovada por documento oficial; indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georreferenciadas, desde que não haja alteração das

59. SALLES, Venicio Antonio de Paula. Op. cit., p. 61.
60. Art. 213, I, *a*, da Lei Federal 6.015/73.
61. Para Ricardo Guimarães Kollet, o registrador não está apenas autorizado, mas "deve" proceder à correção de ofício. Para ele, "a afirmativa justifica-se porque a providência zela pelo aprimoramento do sistema. A busca de identidade entre as realidades fáticas e o álbum imobiliário se impõe. Assim, teleologicamente falando, o sistema conclama o profissional a agir de ofício quando uma realidade fática diversa da registrada chegar-lhe ao conhecimento através de prova documental idônea. Dentro dessa lógica, não temos dúvida de que o profissional registral, ao deparar-se com um título onde haja uma notícia importante sobre uma realidade extra-registral, que deva ser inserida no registro do imóvel, deverá fazê-lo, sempre amparado em documentos que comprovem a situação de forma segura" (KOLLET, Ricardo Guimarães. *As retificações no registro imobiliário*. Teoria e prática. Porto Alegre: I & K, 2005, p. 28).

medidas perimetrais; alteração ou inserção que resulte de mero cálculo matemático feito a partir das medidas perimetrais constantes do registro; reprodução de descrição de linha divisória confrontante que já tenha sido objeto de retificação, e ainda, inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais.[62]

Além da atuação *ex officio* do Registrador, as mesmas hipóteses acima elencadas permitem a retificação do registro por pedido *unilateral* da parte interessada, ou, noutros termos, é despicienda a anuência dos confrontantes do imóvel.

Já o inc. II disciplinou a retificação registrária *bilateral*, assim denominada porque indispensável à sua consecução que os proprietários e possuidores lindeiros anuam ao pedido ou, ao menos, que eventual impugnação ao pedido por eles apresentado seja tida como desarrazoada, na forma do art. 213, II, § 6.º, da Lei de Registros Públicos.

Essa modalidade retificatória, dita bilateral, é exigida se houver inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte ou não alteração de área. Compreensível que o legislador tenha aqui exigido anuência dos confrontantes pelo risco potencial de sobreposição do perímetro dos imóveis. O pedido obedecerá ao rito previsto nos §§ 2.º a 6.º do art. 213 da Lei de Registros Públicos.

Antes de verificarmos a interação entre o procedimento retificatório registral e as Zonas Especiais de Interesse Social, é necessário buscarmos a natureza e o regime jurídico destas últimas, o que faremos a seguir.

5.2 *As Zonas Especiais de Interesse Social (Zeis)*

O art. 4.º do Estatuto da Cidade[63] estabelece:

"Art. 4.º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

(...)

V – institutos jurídicos e políticos:

(...)

f) instituição de zonas especiais de interesse social".

De acordo com Nelson Saule Junior, as "zonas especiais são definidas como porções do território com destinação específica e normas próprias de uso e ocupação do solo", devendo ser adotadas pelo Plano Diretor.[64]

Conforme prossegue asseverando o mesmo autor, essas zonas têm por escopo a produção e a manutenção de moradias voltadas à população mais carente, incorporando as ocupações irregulares à cidade, constituindo um instrumento eficiente de regularização de áreas ocupadas e loteamentos clandestinos ou irregulares.

62. Essas as hipóteses do art. 213, I, da Lei de Registros Públicos.
63. Lei Federal 10.257/2001.
64. SAULE Junior, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro*. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 306.

Segundo Maria Stela Queiroga Arruda *et alii*, citando o magistério de Raquel Rolnik, o conceito nuclear das ZEIS é a idéia de "incluir no zoneamento da cidade uma categoria que permita, mediante um plano específico de urbanização, estabelecer padrões urbanísticos próprios para determinados assentamentos".[65] Segundo as mesmas autoras, quer isto significar que tais áreas podem – e devem – ter um tratamento diferenciado, tratamento esse que se estende também, segundo nos parece, à regularização jurídica dos lotes.

E mais: as Zeis são uma modalidade de zoneamento urbano, em um contexto de ocupação por membros mais carentes da sociedade que, movidos por um estado de necessidade, instalam-se em áreas não regularmente parceladas e urbanizadas. Têm por escopo estabelecer uma forma de zoneamento adequada à realidade do local, aplicando-lhe "normas específicas e, às vezes, excepcionais, forjadas a partir das características próprias do assentamento".[66]

Acrescenta Betânia de Moraes Alfonsin que "dar aos territórios de moradia de baixa renda um tratamento e um regime urbanístico especial, dispensando-os de observar as regras rígidas do código de obras ou o zoneamento de usos do plano de direitos, é reconhecer o direito à diferença".[67]

Trata-se, pois, do reconhecimento de que, na busca da concretude do direito fundamental à moradia, estampado no art. 6.º da CF de 1988, deve o Poder Público facilitar o exercício desse direito.

"A área gravada como Zeis torna-se uma espécie de zona liberada de regras formais de uso e ocupação do solo, a não ser esta macrodiretriz que lhe grava como destinada à moradia de interesse social",[68] com isso inibindo, inclusive, especulações imobiliárias, impedindo o desmonte da intervenção regularizatória.

Do magistério de Adilson Abreu Dallari colhemos que as zonas especiais de interesse social são aquelas "onde as circunstâncias de fato autorizam ou determinam um tratamento diferenciado, mais simples, menos elitista, dos índices urbanísticos, de maneira a assegurar o direito à moradia, inserido no art. 6.º da Constituição Federal".[69]

O mesmo autor prossegue afirmando que "não se trata de criar privilégios para os economicamente fracos, nem de lhes conferir menos garantias de salubridade e segurança, mas, sim, de aplicar o direito com razoabilidade, promovendo um contemperamento entre os diversos objetivos e valores constitucionalmente consagrados".[70]

65. ARRUDA, M. S. Q.; SÁ, L. A. C. M de; CARNEIRO, Andrea; CANDELAS, A. L. *O Estatuto da Cidade e a regulamentação fundiária de Zonas Especiais de Interesse Social – Zeis*. Disponível em <http://geodesia.ufsc.br/Geodesia-online/arquivo/cobrac_2002/084/084.HTM>. Acesso em: 23 jul. 2007.
66. ALFONSIN, Betânia de Moraes. Op. cit., p. 221.
67. Idem, ibidem.
68. Idem, ibidem.
69. DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81.
70. Idem, ibidem.

Raquel Rolnik nos lembra que "tradicionalmente, a legislação urbanística – e principalmente as chamadas Leis de Uso e Ocupação do Solo ou Leis de Zoneamento – têm se concentrado no estabelecimento de padrões desejáveis para a ocupação de determinadas áreas da cidade. Definem-se assim parâmetros mínimos de ocupação de lotes, recuos, coeficientes de aproveitamento e usos permitidos".[71] No entanto, conforme continua asseverando a mesma autora, em face dos alarmantes níveis de desigualdade social, concentração de renda e pobreza urbana, as populações economicamente mais frágeis acabam por ocupar terras à margem da ordem jurídica, dando origem a loteamentos clandestinos, irregulares, e ao já conhecido processo de favelização.

Temos, assim, que o instituto das Zonas Especiais de Interesse Social tem por escopo precípuo oferecer soluções para essa realidade. Não nos deteremos nesse trabalho acerca dos aspectos de infra-estrutura urbana ou sociais, mas apenas no que se refere à regularização jurídica e, restringindo ainda mais o campo de pesquisa, também não nos debruçaremos sobre os outros institutos regrados no Estatuto da Cidade, como a concessão de direito real de moradia, usucapião urbana, desapropriação etc., mas sim na questão das retificações necessárias junto ao Registro de Imóveis que possibilitem a regularização fundiária dessas áreas de sorte a ser possível atribuir títulos de domínio aos seus ocupantes.

É relevante salientar que a lei tem procurado facilitar os procedimentos de regularização fundiária. Assim, a Lei Federal 9.785, de 29.01.1999, alterou o § 6.º do art. 2.º da Lei do Parcelamento do Solo,[72] reduzindo os equipamentos urbanos mínimos necessários para compor a infra-estrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social.

No que nos interessa mais de perto, o § 11 do art. 213 da Lei de Registros Públicos[73] disciplina que independe de retificação registral "a regularização fundiária de interesse social realizada em Zonas Especiais de Interesse Social, nos termos da Lei 10.257, de 10.07.2001, promovida por Município ou pelo Distrito Federal, quando os lotes já estiverem cadastrados individualmente ou com lançamento fiscal há mais de vinte anos".

E o que é "regularização fundiária"? Para definirmos o conceito de regularização fundiária, socorremo-nos, como robusto subsídio doutrinário, do Projeto de Lei 20/2007, em trâmite junto à Câmara dos Deputados do Congresso Nacional, que pretende dispor sobre "o parcelamento do solo para fins urbanos e sobre regularização fundiária sustentável de áreas urbanas".

Esse Projeto de Lei define em seu art. 3.º, III, a "regularização fundiária sustentável" como "o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, promovidas pelo Poder Público por razões de interesse social ou de interesse específico, que visem a adequar assentamentos informais preexistentes às conformações legais, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno

71. ROLNIK, Raquel. *Zona especial de interesse social*. Disponível em: <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=2626> Acesso em: 23 jul. 2007.
72. Lei Federal 6.766/79.
73. Lei Federal 6.015/73.

desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado".

No inc. IV do mesmo artigo conceitua também a "regularização fundiária de interesse social" como a "regularização fundiária sustentável de assentamentos informais ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos casos em que existem direitos reais legalmente constituídos, ou quando se tratar de zona especial de interesse social (Zeis)".

E ainda define no inc. V o que denomina de "regularização fundiária de interesse específico", que é "a regularização fundiária sustentável de assentamentos informais na qual não se caracteriza o interesse social, na forma do inciso IV deste artigo".

O Projeto de Lei 20/2007 também nos oferece uma definição para a Zeis, o que não deixa de facilitar o seu estudo, já que o Estatuto das Cidades não se preocupou com esse aspecto. Esclarece referido Projeto de Lei em seu art. 3.º, XXIX, que a Zona Especial de Interesse Social é a "área urbana instituída pelo plano diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo".

Mantendo a mesma sistemática do Estatuto das Cidades, o Projeto de Lei reafirma que tais zonas devem necessariamente estar definidas como tais no Plano Diretor, ou então em outra Lei Municipal.[74]

5.3 Dispensa do rito retificatório para Zeis

Fixada a importância do registro imobiliário exprimir a "verdade jurídica" do imóvel com a maior precisão possível, bem como sua descrição, extremando-os de outros, para o que nos interessa relativamente ao trabalho ora desenvolvido cumpre observar que o art. 213, § 11, disciplina que a regularização fundiária de interesse social realizadas em Zeis, constituídas na forma do Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001), promovida pelo Município ou pelo Distrito Federal, e desde que os lotes já estejam individualmente cadastrados ou com lançamento fiscal há mais de 20 anos, fica dispensada a observância do rito retificatório previsto no mesmo art. 213 da Lei de Registros Públicos.

Veja que são quatro então os requisitos para essa dispensa:

a) que se trate de regularização fundiária de interesse social;

b) que esta regularização esteja sendo feita em uma Zeis constituída na forma da Lei 10.257/2001 (portanto, prevista no Plano Diretor Municipal);

c) que a regularização esteja sendo promovida pelo Município ou pelo Distrito Federal (ficam excluídos, pela dicção do artigo, os Estados-membros, a União e os particulares);

d) que se trate de lotes já cadastrados individualmente ou com lançamento fiscal há mais de 20 anos.

O que se deve entender com a expressão "independe de retificação"? Será que isto quer significar que o registro imobiliário impreciso, lacunoso, precário

74. Art. 101 do PL 20/2007.

poderá, na hipótese quejanda, continuar nesse estado? Far-se-á a regularização sem suprir lacunas e sem corrigir falhas constantes do registro?

Pensamos que não. O texto legal não está dispensando, segundo nos parece, a retificação em si, mas sim o rito procedimental previsto no art. 213. É dizer: se o perímetro ou a área do imóvel apresentam descrição precária, o ingresso de processos regularizatórios depende da prévia especialização do imóvel. Há necessidade, aqui, de uma interpretação sistemática que harmonize a disciplina legal sobre o tema.

O que fica dispensado, enfatize-se, é o procedimento que prevê notificação de confrontantes, possibilidade de impugnação etc. Se a regularização trouxer prejuízo para algum confrontante, este terá que se socorrer das vias ordinárias para fazer valer seus direitos.

Assim, segundo pensamos, configurada a hipótese especialíssima referida no art. 213, § 11, a especialização do perímetro do imóvel objeto da regularização fundiária ingressará singelamente no álbum imobiliário, à vista apenas dos levantamentos realizados pelos órgãos técnicos da Municipalidade ou do Distrito Federal, a requerimento desses Entes federados. Esses levantamentos, contudo, não estão imunes à observância do regramento geral do registro imobiliário e deverão, portanto, conter os requisitos do art. 176 da Lei de Registros Públicos, o que significa dizer, em síntese: área e perímetro perfeitamente indicados. E mais: sobre imóvel constante do registro, já que só se pode "retificar" o que já existe no registro. Caso trate-se de área não registrada, será necessário lançar mão então do procedimento demarcatório agora previsto no Dec.-lei 9.760, de 05.09.1946, com as alterações introduzidas pela Lei Federal 11.481/2007, conforme veremos mais adiante. Noutros termos: se o imóvel que se pretende "retificar" valendo-se da permissão constante no texto sob comento não figurar no Registro de Imóveis fica afastada a possibilidade da dispensa do procedimento retificatório.

Não é demais lembrar que estamos tratando aqui da questão atinente à descrição da área e do imóvel em sua integralidade, que irá receber o procedimento regularizatório. A questão do parcelamento posterior do mesmo em lotes e áreas públicas é outro problema, e intrincado. Não trataremos dessa questão aqui.

A par dessa hipótese aqui abordada, contudo, temos novidade legislativa – e também um substancioso Projeto de Lei – no trato da retificação imobiliária em Zeis. Trata-se da Lei Federal 11.481/2007 e do Projeto de Lei 20/2007. Vamos tratar desses dois textos na seqüência deste trabalho.

6. A LEI 11.481/2007 E O PROJETO DE LEI 20/2007

6.1 O procedimento retificatório instituído pela Lei Federal 11.481/2007

A Lei Federal 11.481/2007 alterou vários dispositivos do Dec.-lei 9.760/46, que dispõe sobre os bens imóveis da União.

A par de disciplinar o procedimento discriminatório em geral dos bens da União, referido decreto-lei, com a redação dada pela citada Lei 11.481/2007,

criou um rito especial para a demarcação de terrenos destinados à regularização fundiária de interesse social, regrado nos arts. 18-A a 18-F. O novel diploma, embora sinalize que a identificação da área como sendo uma Zeis caiba ao Município, por intermédio do seu Plano Diretor ou outro instrumento legal que garanta a sua função social,[75] condiciona mais à frente a demarcação de terrenos para regularização fundiária de interesse social às operações que visem atender famílias com renda familiar mensal não superior a cinco salários mínimos.[76]

Observe-se que as disposições contidas nos citados arts. 18-A a 18-F do Dec.-lei 9.760/46 não são aplicáveis exclusivamente aos imóveis pertencentes à União. O art. 22 da Lei 11.481/2007 estende sua aplicação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para os casos em que estes Entes Federados realizem regularizações fundiárias de interesse social nos imóveis de sua propriedade. Saudamos enfaticamente o novo diploma legal, como um marco na luta contra a marginalização em que grande parcela da população brasileira vive hoje, no que pertine ao direito de moradia, embora o legislador tenha sido tímido nesse momento, já que poderia abarcar, também, a possibilidade de regularização de áreas particulares.

Curial lembrar que uma das facetas essenciais de qualquer regularização fundiária passa necessariamente pela titulação das posses, fazendo do Registro Imobiliário ator indispensável no processo. E o primeiro passo é, sem dúvida, a regularização da área toda em que se dará o procedimento regularizatório, para depois identificar as áreas individuais, pertencentes a cada beneficiado. Trata-se, portanto, de atender o princípio registrário da especialidade, em ordem a extremar a área regularizanda de quaisquer outros imóveis, dando-lhe o perímetro, medidas e confrontações. O novo texto legal, segundo nos parece, avançou bastante nesse aspecto.

Pois bem. O novel procedimento tem uma peculiaridade interessante: tanto é aplicável às hipóteses em que o imóvel não tenha ainda matrícula ou transcrição, e nesse caso ganha ares de processo discriminatório,[77] quanto às hipóteses em que exista registro anterior e, havendo divergência entre a descrição constante deste e daquela que for apurada no levantamento de campo, fará as vezes de procedimento retificatório.

A demarcação será instrumentalizada por um Auto de Demarcação, assinado pelo Secretário do Patrimônio da União (ou seu congênere estadual e municipal), devendo ser instruído com planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, dos quais constem a sua descrição, com suas medidas perimetrais, área total, localização, confrontantes e coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites.

O uso da expressão "preferencialmente", referindo-se às coordenadas georreferenciadas, nos leva a entender que a norma é dirigida ao Ente federado que

75. Art. 7.°, § 2.°, da Lei Federal 9.636/98, com a redação que lhe deu a Lei Federal 11.481/2007. Contudo, referido dispositivo excepciona áreas situadas em faixa de fronteira ou de imóveis que estejam sob a administração do Ministério da Defesa e dos comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.
76. Art. 18-A, § 1.°, do Dec.-lei 9.760/46, inserido pela Lei 11.481/2007.
77. Insista-se, contudo: aplicável apenas em áreas afetadas à condição de Zeis.

está realizando a demarcação, não devendo o Oficial de Registro de Imóveis negar o ingresso do "Auto de Demarcação" que vier sem esse requisito, a não ser que se trate de áreas ainda cadastradas junto ao Incra e que, portanto, deverão sujeitar-se aos requisitos da Lei Federal 10.267/2001. De se lembrar que caso a área tenha passado a integrar o perímetro urbano, será necessário providenciar o cancelamento do cadastro do Incra, conforme dispõe o art. 53 da Lei Federal 6.766/79.

Se o imóvel estiver matriculado ou transcrito, deverão ser declinados o número do registro e o nome do "pretenso" proprietário, se houver.[78]

Note-se que a demarcação nesses casos só é possível se incidir sobre imóveis públicos, de propriedade de qualquer um dos Entes federados. Daí por que se o registro indicar como proprietário um particular, aparentemente estaríamos diante de uma *contradictio in terminis*, porque o imóvel não seria de domínio do Poder Público.

Nesse caso, o proprietário indicado no registro deve ser notificado pelo Oficial de Registro de Imóveis pessoalmente. O Oficial Registrador deverá tentar localizá-lo no próprio imóvel retificando, no seu endereço que constar dos assentamentos registrais, e ainda no endereço que eventualmente for fornecido pelo Ente federado.

Embora o texto legal valha-se do disjuntor "ou", parece-me que, por cautela, deve o Registrador esgotar todas as possibilidades, para só então lançar mão da notificação por edital, após certificar que suas diligências para localizar o proprietário indicado foram infrutíferas.

O Edital deverá conter um resumo do pedido da demarcação, com a descrição que permita a identificação da área demarcanda, e deverá ser publicado por duas vezes, dentro do prazo de 30 dias, em um jornal de grande circulação local.[79] A publicação será de responsabilidade da União, que encaminhará os exemplares dos jornais no qual são publicados os editais ao Registrador.[80]

O proprietário indicado terá o prazo de 15 dias, contados da última publicação, para impugnar a demarcação. Se não o fizer, caberá ao Registrador abrir matrícula da área em nome da União (ou do Estado-membro, Distrito Federal, ou Município), averbando essa circunstância no registro anterior.

E mais: se houver algum direito real sobre a área demarcada, ou parte dela, o Registrador deverá também proceder ao cancelamento desses registros,[81] ato que chama a atenção por ser de evidente gravidade.

Naturalmente que todos esses aspectos poderão eventualmente ser questionados pelos prejudicados em sede jurisdicional, já que a lei não afastou, como não poderia mesmo, o socorro ao Poder Judiciário, garantido por nossa Carta Maior.[82]

78. Art. 18-A, I, do Dec.-lei 9.760/46.
79. Art. 18-D, § 2.°, do Dec.-lei 9.760/46.
80. Art. 18-D, § 5.°, do Dec.-lei 9.760/46.
81. Art. 18-E do Dec.-lei 9.760/46.
82. Art. 5.°, XXXV, da CF/88.

Mas, como se disse, o proprietário indicado poderá impugnar a demarcação. Havendo tal impugnação, o Oficial de Registro de Imóveis deverá dar ciência dos seus termos ao Ente federado, abrindo-se oportunidade para que seja entabulada transação. Se isso não for possível, o registrador encaminhará o procedimento ao "juízo competente" que, a nosso ver, é o Juiz Federal, e não o Corregedor Estadual do Registro Imobiliário, se o ente promovente da demarcação for a União.

Caso a impugnação seja ao final julgada procedente, os autos serão restituídos ao Registro Imobiliário para cancelamento da prenotação e devolução dos documentos ao Poder Público. Se for julgada improcedente, o Registrador, recebendo de volta o Auto de Demarcação, procederá ao registro do mesmo, na forma como comentaremos logo em frente.

Note-se que a impugnação poderá ter por objeto apenas parte do imóvel demarcando. Nesse caso, o procedimento poderá prosseguir com relação ao remanescente incontroverso.[83]

Feitos esses breves comentários sobre o problema envolvendo a existência de um proprietário particular da área demarcanda no álbum imobiliário, continuaremos a verificar a documentação que deve instruir o Auto de Demarcação.

Além do mapa e memorial descritivo já citados, deverá também ser apresentada outra planta, com uma sobreposição da área demarcada e da situação registral do imóvel. É uma providência interessante, pois ajudará o Registrador a melhor visualizar a correspondência e eventuais divergências entre a descrição do imóvel que figura nos seus assentamentos e a descrição pretendida.

O auto deverá também estar instruído com certidão do Registro de Imóveis, reforçando a necessidade de ser informado se o imóvel tem ou não registro.

Isso se mostra extremamente salutar, atendendo aos reclamos da segurança jurídica. O registro deve espelhar a verdade jurídica da titularidade dominial-imobiliária, de sorte que sociedade possa confiar em seu acervo. Assim, é importante saber se o imóvel tem registro anterior porque, caso o imóvel venha a ser matriculado em nome do Ente federado que promove a demarcação, isso significará também uma perda do domínio para o particular. A não sinalização dessa circunstância no registro anterior poderia ensejar a continuação indevida daquela cadeia filiatória, já sem lastro fático.

Prossegue a lei elencando a necessidade da apresentação também de uma certidão da Secretaria do Patrimônio da União de que a área lhe pertence. Esta regra deve ser adaptada, segundo pensamos, à realidade legislativa dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Caso o Ente que esteja promovendo a demarcação seja a União, e apenas para ela, deverá ser apresentada também planta de demarcação da Linha Preamar Média (LPM), quando se tratar de terrenos de marinha ou acrescidos, e a planta de demarcação da Linha Média das Enchentes Ordinárias (LMEO), quando se tratar de terrenos marginais de rios federais.

83. Art. 18-F, § 1.º, do Dec.-lei 9.760/46.

Todas as plantas e memoriais deverão ser elaborados por profissional legalmente habilitado, com prova de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) relativa ao trabalho realizado.[84]

Acrescente-se ainda que deverá ser comprovado que o imóvel situa-se em uma Zeis, e que a demarcação está sendo feita ao ensejo de um procedimento de regularização fundiária destinada a atender famílias com renda mensal não superior a cinco salários mínimos.

Apresentado o Auto de Demarcação no Registro de Imóveis, será o mesmo prenotado e autuado, sendo que a prenotação valerá até a solução final do procedimento,[85] não caducando em 30 dias, como de regra.[86]

O Oficial Registrador terá o prazo de 30 dias para realizar buscas com o escopo de identificar as matrículas e transcrições correspondentes à área a ser regularizada e, examinando os documentos apresentados, deverá comunicar ao apresentante a existência de eventuais exigências para a efetivação do registro. Deverá cuidar o Registrador para elaborar uma Nota Devolutiva exauriente, posto que não poderá formular novas exigências em uma segunda oportunidade.

É claro que isso não exclui a possibilidade de uma segunda devolução, não por exigência nova, mas para reiterar exigência feita na primeira devolução, caso não seja atendida a contento.

Prossegue disciplinando o art. 18-C da novel redação do Dec.-lei 9.760/46 que se inexistir matrícula ou transcrição anterior, estando a documentação em termos, deverá o Oficial Registrador abrir matrícula em nome da União e registrar o Auto de Demarcação.

Do ponto de vista da técnica registral, causa uma certa estranheza abrir a matrícula já constando a União como proprietária e depois lavrar um registro, de número 1, do Auto de Demarcação, para dizer que o imóvel foi demarcado como de propriedade da União, o que já figuraria no preâmbulo da matrícula, dando a impressão de um ato repetitivo e inócuo. Melhor seria no preâmbulo consignar a inexistência de proprietário registral anterior,[87] e aí sim no R.1 declinar a demarcação do imóvel como de propriedade da União.

Também temos como adequado lançar uma averbação prévia para consignar que o imóvel situa-se em uma Zeis, e que está afetado a programa de regularização fundiária destinada a atender famílias com renda familiar mensal não superior a cinco salários mínimos. Essa providência facilita a visualização do *status juris* do imóvel, já que esse procedimento é especialíssimo.

A título de mera sugestão, o registro poderia ser elaborado da seguinte forma:

"Av. 1 / M. 000 – (*Zeis*).

Em (data).

84. Art. 18-A, § 3.°, do Dec.-lei 9.760/46.
85. Art. 18-F, § 4.°, do Dec.-lei 9.760/46.
86. Art. 205 da Lei de Registros Públicos.
87. Sugestão: "Proprietários: não consta".

Conforme o Auto de Demarcação expedido em (data) pela Secretaria de Patrimônio da União (ou outro órgão expedidor), nesta cidade, nos autos do Processo Administrativo número (referências diversas ao procedimento que ensejou a expedição do Auto Demarcatório), instruído com a certidão 00, passada pela Prefeitura Municipal desta cidade em (data), procedo esta averbação para constar que o imóvel objeto desta matrícula situa-se em uma Zona Especial de Interesse Social (Zeis), e está afetado a programa de regularização fundiária destinada a atender famílias com renda familiar mensal não superior a cinco salários mínimos".

"R. 2 / M. 000 – *(demarcação administrativa)*.

Em (data).

Conforme o Auto de Demarcação referido na Av. 1, procedo este registro para constar que o imóvel objeto desta matrícula foi *demarcado* como sendo de propriedade da *União*, nos termos dos arts. 18-A a 18-F do Dec.-lei Federal 9.760/46".

Contudo, poderá ser que o imóvel já esteja registrado. Já comentamos nesse caso sobre as providências a serem tomadas relativamente a quem figurar no fólio real como proprietário do imóvel. Há, porém, diligências a serem feitas relativamente a confrontantes, ocupantes e terceiros interessados,[88] que deverão ser notificados do procedimento em curso para que ofereçam impugnação, se for o caso.

Essa notificação será feita desde logo por edital, sendo despicienda qualquer tentativa de notificação pessoal.

Um aspecto chama muito a atenção aqui: não há exigência de notificação de confrontantes, ocupantes e terceiros interessados nas hipóteses de demarcação de imóveis sem registro anterior. O *caput* do art. 18-D é bem expresso ao referir-se que estes serão notificados se houver registro anterior. Porém, não se pode afastar o risco de prejuízos a confrontantes nas hipóteses de demarcação de áreas não tituladas, dado que haverá risco de sobreposição das divisas.

Mas parece-nos que, inexistindo registro anterior, a demarcação é mesmo unilateral. Como o Oficial Registrador está vinculado à legalidade estrita, temos que não será possível fazer exigência no sentido de que sejam notificados os confrontantes, ocupantes e terceiros interessados nas hipóteses de demarcação de imóvel sem registro anterior.

Notificadas as pessoas acima referidas, abre-se para elas o prazo para impugnação, prosseguindo-se no mesmo rito já comentado a respeito do proprietário tabular.

Para encerrar esse tópico, entendemos que é importante abordar com um pouco mais de vagar o uso das expressões "demarcação" e "discriminação", por vezes utilizadas indistintamente nos textos legais, para verificarmos se há alguma diferença conceitual entre elas.

88. Art. 18-D do Dec.-lei 9.760/46.

6.2 Demarcação

Podemos extrair o conceito de "demarcação" do art. 946 do CPC, que disciplina que a ação de demarcação cabe ao proprietário para obrigar o seu confinante a estremar os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados.

Maria Helena Diniz define a "demarcatória simples" como sendo a "ação judicial proposta com o escopo de obter a sinalização de limites, ou seja, a fixação, o restabelecimento ou a aviventação dos marcos da linha divisória de dois prédios contíguos".[89]

No âmbito do direito civil, a mesma doutrinadora conceitua a "demarcação" como a "delimitação predial por meio de marcos".[90]

Curial observar aqui, contudo, que a ação demarcatória prevista no ordenamento processual civil é própria para a demarcação de terras particulares, e não de terras públicas, já que estas têm previsão legal e rito próprios.[91]

Para fins acadêmico-científicos, contudo, pensamos não haver óbice em socorrermo-nos do conceito extraído do processo civil, pelo qual verificamos então que a demarcação, a par de ter por escopo a aviventação de rumos apagados, porém já existentes, por óbvio, pode ser utilizada também para estabelecer a linha divisória entre dois prédios. Nítido, nessa hipótese, o reflexo na descrição do imóvel constante do Registro Imobiliário, daí por que nossa afirmação de que a demarcação é uma forma de retificação registral *lato sensu*. Aliás, a Lei Federal 10.931/2004 alterou a redação do art. 213 da Lei de Registros Públicos, incluindo o § 9.º, que permite uma modalidade de "demarcação administrativa", já que autoriza a alteração ou estabelecimento de divisas por escritura pública.

Marcos Afonso Borges[92] nos relata que esse procedimento já era conhecido dos antigos romanos, quando contendas relativas às divisas entre prédios eram dirimidas pelos sacerdotes do deus Termo, que era justamente o deus protetor dos limites, e mais: vingador das usurpações. Conta-se que Tarquínio, o soberbo, querendo construir um templo a Júpiter no Capitólio, teve que desalojar os santuários já existentes ali. Todos os deuses cederam sem resistência, mas Termo resistiu a todos os esforços que se fizeram para retirá-lo, e finalmente foi necessário deixá-lo no lugar. Os romanos viram nisso um indicativo de que nada havia de mais sagrado do que os limites de um território.[93]

89. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 57, verbete Demarcatória simples.
90. Idem, ibidem.
91. Conforme acórdão colacionado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, proferido pelo extinto TFR nos autos da Ap. Cív. 77980, rel. Min. Nilson Naves, j. 29.11.1985, *DJU* 29.06.1986 (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 1.153.
92. BORGES, Marcos Afonso. Ação demarcatória. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 356.
93. PUGLIESI, Marcio. Op. cit., p.129.

O "termo" tornou-se assim um representante do culto doméstico, estabelecendo os limites da propriedade familiar, e seu uso generalizou-se entre as raças indo-européias.[94]

Na época da Lei das XII Tábuas, segundo o mesmo autor, as questões relativas à matéria sob comento eram levadas ao conhecimento de três árbitros, reduzidos depois para apenas um, "aos quais competia regular os limites, efetuar a posição dos marcos e decidir as questões concernentes a uns e outros".[95]

6.3 Discriminação

Segundo Marcos Afonso Borges[96] a discriminatória é a "ação conferida à União e ao Estado para separar as terras de seu domínio das de propriedade dos particulares".

Maria Helena Diniz[97] acrescenta que esta ação destina-se à medição e à separação das terras públicas das particulares, quando as partes não se compõem amigavelmente. Daí podermos concluir que, para essa autora, a discriminatória corresponderia às "vias ordinárias", na hipótese da demarcação amigável não ser frutífera.

Como é cediço, a propriedade no Brasil tem suas raízes no regime legal vigente em Portugal, que visando colonizar o Brasil, concedeu grandes porções de terras a nobres portugueses por intermédio das Cartas de Sesmarias. Contudo, pela Resolução 17, de julho de 1822, o regime das sesmarias foi encerrado no Brasil, criando um vácuo jurídico que perdurou até a edição da Lei 601, de 1850, conhecida como Lei de Terras, regulamentada pelo Dec. 1.318, de 30.01.1854.

Após algumas vicissitudes legislativas, sobrevieram dois diplomas legais importantes para o estudo do tema: o Dec.-lei 9.760/46, que baixou normas para a discriminação das terras de domínio da União, e a Lei 6.383, de 07.12.1976, que estabeleceu um procedimento misto, isto é, administrativo e judicial.

A ação discriminatória, nesse sentido, tem natureza jurídica de ação divisória, posto que é uma "ação de demarcação típica das terras públicas".[98]

6.4 Sinonímia dos termos

Vemos, assim, que os termos "demarcação" e "discriminação" são, pois, sinônimos. Se o legislador tivesse atentado a uma maior precisão terminológica, talvez devesse ter reservado o vocábulo "demarcação" para referir-se à propriedade privada, e "discriminação" para aludir às terras públicas, em homenagem, ao menos, à vetusta doutrina pátria, já que Marcelo Caetano da Costa,

94. COULANGE, Fustel de. *A cidade antiga*. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975. p. 54.
95. BORGES, Marcos Afonso. Ação demarcatória. *Enciclopédia*... cit., v. 2, p. 357.
96. BORGES, Marcos Afonso. Ação discriminatória. *Enciclopédia*... cit., v. 3, p. 135.
97. DINIZ, Maria Helena. Ação de discriminação de terras da União e do Estado. *Dicionário*... cit., v. 1, p. 52.
98. BORGES, Marcos Afonso. Ação discriminatória. *Enciclopédia*... cit., v. 3, p. 137.

citado por Marcos Afonso Borges,[99] já aduzia em 1960 que a ação discriminatória é "parelha" com a ação demarcatória, sendo que esta última "destina-se ao deslinde da propriedade privada, aquela de terras públicas", de modo que "ambas, conseqüentemente, têm como fim precípuo a fixação definitiva dos lindes entre propriedades imóveis".

Em conclusão, portanto, podemos entender que os dois termos referidos são sinônimos, sendo irrelevante que o legislador utilize um ou outro. A perspectiva jurídica continuará sendo a mesma.

6.5 O Projeto de Lei 20/2007

O Projeto de Lei 20/2007, se e quando aprovado, trará profundas mudanças no arcabouço jurídico brasileiro, no que pertine ao direito urbanístico e ao direito registral imobiliário. Entre outros temas, pretende referido Projeto de Lei regulamentar o procedimento de "demarcação urbanística" nos seus arts. 108 a 113.

A leitura desse texto revela que esse instrumento está indissociavelmente ligado à execução da regularização fundiária. Noutros termos: só será realizado já ao ensejo de um procedimento de regularização fundiária,[100] não podendo, portanto, tratar-se de providência requerida isoladamente, ainda que haja um interregno entre a "demarcação" e a regularização propriamente dita, posto que o art. 111 do PL normatiza que "a partir do registro do auto de demarcação urbanística, o Poder Público deve elaborar plano de regularização fundiária", obtendo as licenças para tanto e depois levando-a a registro.

Se o registro do imóvel que suportará a regularização fundiária contiver omissão, imprecisão, ou por qualquer forma não exprimir a verdade, deverá por óbvio sofrer as retificações respectivas, que serão indicadas nesse procedimento demarcatório.

Com esse escopo, o art. 108, I, do texto sob comento determina que o documento a ser apresentado ao Registro Imobiliário é o Auto de Demarcação Urbanística, que deverá ser instruído com planta e memorial descritivo da área a ser regularizada. Nestes deverá constar a descrição do imóvel regularizado, com suas medidas perimetrais, área total, confrontantes, coordenadas preferencialmente georreferenciadas dos vértices definidores de seus limites, bem como seu número de matrícula ou transcrição e proprietário, quando houver.

Na seqüência, regulamenta o procedimento a ser adotado para a demarcação urbanística. Esse procedimento guarda algumas diferenças com relação ao rito previsto no art. 213, II, da Lei de Registros Públicos. Se aprovado, constituirá regra especial que, portanto, deverá ser observada sem o socorro do referido art. 213.

Contudo, parece importante salientar que continuará a prevalecer a hipótese especialíssima prevista no art. 213, § 11, I, *in fine*, da Lei de Registros Públicos,

99. Idem, ibidem.

100. Mas sem as limitações da Lei 11.481/2007, de se efetuar apenas em área situada em Zeis e em processo de regularização fundiária destinada a atender famílias com rendas de até cinco salários mínimos.

qual seja: dispensa-se a retificação caso trate-se de procedimento de regularização fundiária de interesse social realizada em Zonas Especiais de Interesse Social, mas apenas se promovidos pelo Município ou pelo Distrito Federal, e ainda assim quando os lotes já estiverem cadastrados individualmente ou com lançamento fiscal há mais de 20 anos. Sobre essa hipótese já tecemos comentários adredemente.

Pois bem. A regularização fundiária poderá ser promovida não apenas pelos Municípios e pelo Distrito Federal, embora estes Entes Federados tenham papel predominante nesses processos, mas sem dúvida nenhuma também pelos Estados-membros e pela União. Tanto é assim que o art. 108 do Projeto de Lei, ao tratar da demarcação urbanística, refere-se ao "Poder Público responsável" pela regularização fundiária de interesse social, valendo-se, assim, de expressão genérica que não caberá ao intérprete restringir. Daí a conclusão de que o Auto de Demarcação Urbanística realizado por qualquer das esferas do Poder Público Executivo poderá ser recepcionado no Registro Imobiliário.[101]

6.5.1 Procedimento

Além dos já citados mapa e memorial descritivo da área, com os requisitos referidos, o Auto de Demarcação Urbanística deverá ser instruído com planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante do Registro de Imóveis, quando identificada transcrição ou matrícula do imóvel objeto de regularização fundiária (inc. II do art. 108), bem como cadastro dos ocupantes, do qual constem a natureza, qualidade e tempo da posse exercida, acrescida das dos antecessores, se for o caso (inc. III), declaração dos ocupantes de não serem possuidores ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural (inc. IV), e certidão da matrícula ou transcrição relativa à área a ser regularizada, emitida pelo Registro de Imóveis da sua situação e das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes (inc. V).

Na seqüência, o Poder Público encaminhará o Auto de Demarcação ao Registro Imobiliário, cabendo ao Oficial Registrador proceder às buscas para identificação do proprietário da área a ser regularizada e de matrículas ou transcrições que a tenham por objeto.

Realizadas as buscas, o Oficial do Registro de Imóveis deverá proceder à notificação pessoal do proprietário da área e a editalícia dos confrontantes, ocupantes e eventuais interessados para que, querendo, apresentem, no prazo de 15 dias, impugnação ao registro da demarcação. Aqui há diferença com relação ao rito previsto no art. 213, II, da Lei de Registros Públicos, já que o seu § 2.º determina que se faça primeiro a notificação pessoal ou pelo correio dos confrontantes. Apenas sendo infrutífera essa diligência é que se procederá notificação editalícia. O Projeto de Lei também se refere a "eventuais interessados" no procedimento. Já a Lei de Registros Públicos alude apenas aos confrontantes. Por óbvio que o conceito de "interessado" é o jurídico, a ser verificado no caso concreto.

101. A respeito, ver a recente Lei Federal 11.481, de 31.05.2007, que disciplinou a regularização fundiária de interesse social em imóveis da União.

Já quanto ao proprietário, embora a Lei de Registros Públicos não faça referência a ele, é razoável o entendimento de que se deve aplicar o mesmo procedimento, ou seja: notificação pessoal ou editalícia, no insucesso daquela, mesma regra que o Projeto de Lei pretende aplicar.

Contudo, embora o prazo para impugnação seja o mesmo (15 dias), os prazos de publicação são diferentes. Na Lei de Registros Públicos temos que os editais serão publicados por duas vezes em jornal local de grande circulação. Já o Projeto de Lei disciplina que os editais deverão ser publicados, no período de 60 dias, uma vez pela imprensa oficial e duas vezes em um dos jornais de maior circulação local, além de exigir também que dos mesmos conste um desenho simplificado e a descrição da área demarcada.

O Projeto de Lei também disciplina as providências a serem observadas se houver impugnação ao pedido, que por serem simples não demandam nesse momento maiores comentários. Contudo, há um aspecto do procedimento de demarcação que chama bastante a atenção, por constituir um *plus* bastante significativo com a retificação ordinária da Lei de Registros Públicos, que está contida no art. 110, § 4.º, do Projeto de Lei: não havendo matrícula da qual a área seja objeto, esta deverá ser aberta com base na planta e no memorial que instruem o auto de demarcação urbanística.

É dizer: nessa hipótese, o procedimento irá inaugurar a cadeia filiatória, constituindo-se, assim, em mais uma modalidade originária de aquisição (embora nesse caso trate-se de ato declaratório, e não constitutivo), a operacionalizar-se unicamente pela via administrativa.

7. CONCLUSÕES PRINCIPAIS

a) O Registro de Imóveis é a *longa manus* da função social da propriedade. Sendo assim, deve conter uma publicidade eficaz, que publicize com a maior correção possível a área, perímetro e confrontações do imóvel, tornando-o um corpo certo, extremando-os dos demais imóveis, bem como quais são os direitos que recaem sobre esse imóvel e quem são os titulares desses direitos.

b) A segurança jurídica proporcionada pelo Registro Imobiliário é do interesse dos moradores das áreas que reclamam regularização fundiária, de sorte que o aspecto registral não pode ser desconsiderado quando se pretende manejar os processos regularizatórios.

c) No mais das vezes, o primeiro passo para levar o processo de regularização fundiária a bom termo passa pela especialização do perímetro da área que receberá referido procedimento.

d) Esse procedimento retificatório tem previsão no art. 213 da Lei de Registros Públicos, mas a nova Lei Federal 11.481/2007 criou um rito próprio para a especialização de áreas afetadas pelo Plano Diretor como Zeis, que visem atender a famílias com renda de até cinco salários mínimos. O rito pode ser manejado não apenas pela União, mas também pelos Estados e Municípios, e facilitou, segundo nos parece, a retificação registral-imobiliária nos casos que regula.

e) O Projeto de Lei 20/2007, se aprovado, trará importantes novidades legislativas para o tema, e certamente se constituirá de uma ótima ferramenta para os atores que militam na área sob comento.

8. Referências bibliográficas

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de regularização fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ALMEIDA, María Goñi Rodríguez. *El principio de especialidad registral*. Madrid: Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2005.

ALMEIDA, Tabosa. Das inexatidões registrais e sua retificação. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 11, jan.-jun. 1983. Disponível em: <www.irib.org.br>.

AMADEI, Vicente de Abreu. *Anotações para uma reflexão sobre o aspecto instrumental do registro imobiliário no controle urbanístico da propriedade*. Disponível em: <http://www.irib.org.br/rdi/rdi31-32-022.asp>. Acesso em: 4 out. 2006.

ARRUDA, M. S. Q.; SÁ, L. A. C. M de; CARNEIRO, Andrea; CANDEIAS, A. L. *O Estatuto da Cidade e a regulamentação fundiária de Zonas Especiais de Interesse Social – Zeis*. Disponível em: <http://geodesia.ufsc.br/Geodesia-online/arquivo/cobrac_2002/084/084.HTM>. Acesso em: 23 jul. 2007

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. Especialidade objetiva – Um princípio registral em questão. *Boletim Eletrônico IRIB* 1.811, Disponível em: <www.irib.org.br>.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1975.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Marcos Afonso. Ação demarcatória. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

_____. Ação discriminatória. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3.

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COULANGE, Fustel de. *A cidade antiga*. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975.

DALLARI, Adilson de Abreu. Instrumentos da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coords.). *Estatuto da Cidade*: comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Ação de discriminação de terras da União e do Estado. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

_____. Falta de rigor ou exatidão. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

DIP, Ricardo Henry Marques. Breves considerações sobre alguns temas relativos à "retificação de área". *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: RT, n. 37, p. 61, jan.-abr. 1996.

_____. Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica. *Revista de Direito Imobiliario*, São Paulo: RT, n. 54, p. 33. jan.-jun. 2003.

_____. *TV Justiça entrevista Ricardo Dip sobre a segurança jurídica do registro de imóveis*. Disponível em: <http://www.irib.org.br/notas_noti/boletimel686a.asp>. Acesso em: 28 set. 2006.

ENCINAS, Emilio Eiranova. *Código Civil alemán comentado*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GARCIA, José Manoel Garcia. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*. Madrid: Civitas, 2002. t. III.

GASSET, José Ortega y. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A penhora – necessidade de registro – um novo direito real? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, v. 8, out.-dez. 2001.

_____. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONZALES, Fernando P. Mendéz. A função econômica dos sistemas registrais. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: RT, v. 53, jul.-dez. 2002.

KOLLET, Ricardo Guimarães. *As retificações no registro imobiliário*. Teoria e prática. Porto Alegre, I & K, 2005.

LIMA, Ary José de Lima; CHICUTA, Kiotsi; JACOMINO, Sérgio. *Alguns aspectos da qualificação registrária no registro de parcelamento do solo urbano e o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.irib.org.br/rdi/rdi41.asp>. Acesso em: 28 set. 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Henrique Ferraz de. Função social da propriedade e registro de imóveis. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

_____. O princípio da convalescença registral e a boa-fé. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: RT, v. 53, p. 56, jul.-dez. 2002.

MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Trad. Francisco Tost. Porto Alegre: Fabris, 2005.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

ORLANDI NETO, Narciso. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

PAIVA, João Pedro Lamana. *Escrituras públicas* – Certidões de feitos ajuizados. Disponível em: <http://www.irib.org.br/opiniao/boletimel529e.asp>. Acesso em: 4 out. 2006.

PUGLIESI, Marcio. *Mitologia greco-romano*: arquétipos dos deuses e heróis. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.

ROLNIK, Raquel. *Zona especial de interesse social*. Disponível em: <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=2626>. Acesso em: 23 jul. 2007.

SALLES, Venicio Antonio de Paula. *Direito registral imobiliário*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro*. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Fabris, 1997.

3

*Notas sobre a separação patrimonial no direito de superfície**

MELHIM NAMEM CHALHUB

Professor no Rio de Janeiro. Advogado.

RESUMO: O autor analisa o direito real de superfície no ordenamento jurídico brasileiro, tanto sob a ótica do Estatuto da Cidade quanto do direito civil, tecendo considerações sobre a aplicação do instituto para a realização da função social da propriedade e para potencialização do mercado de crédito imobiliário.

PALAVRAS-CHAVE: Direito real de superfície – Registro de imóveis – Mercado imobiliário.

ABSTRACT: The author analizes the real right of surface on the Brazilian juridical regulation, both under the view of the Statute of the City and the civil right, making considerations on the use of the institute for the making of the social role of the property and to strengthening of Real Estate Credit.

KEYWORDS: Real right of surface – Real estate registry – Real estate market.

SUMÁRIO: 1. Caracterização geral, natureza jurídica e aplicação: 1.1 Caracterização geral; 1.2 Natureza jurídica; 1.3 Aplicação prática – 2. Base legal – 3. Forma e modo de constituição, direitos e obrigações e responsabilidade patrimonial das partes: 3.1 Forma de constituição; 3.2 Modo de constituição do direito real de superfície; 3.3 Direitos e obrigações das partes; 3.4 Encargos e tributos; 3.5 Destino da construção ao final do prazo e em caso de desapropriação – 4. Autonomia e separação patrimonial: 4.1 Autonomia das propriedades do solo e da construção – 4.2 Limitação da responsabilidade patrimonial das partes – 5. Referências bibliográficas.

* Palestra proferida em 30.06.2007 no Seminário sobre Novos Rumos do Direito Processual e do Direito Civil, promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Cedes). O palestrante é autor, entre outros, dos livros *Curso de direito civil* – Direitos reais (coord. Sylvio Capanema de Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2003) *Da incorporação imobiliária*, *Negócio fiduciário* e *Propriedade imobiliária:* função social e outros aspectos (Renovar).

ÁREA DO DIREITO: Civil; Registral Imobiliário

1. CARACTERIZAÇÃO GERAL, NATUREZA JURÍDICA E APLICAÇÃO

1.1 Caracterização geral

Pela concessão do direito de superfície o *concessionário* (ou *superficiário*) adquire "o direito real de ter coisa própria em terreno alheio (...)",[1] durante certo tempo.

É direito real de propriedade temporário, tendo como objeto uma edificação ou uma plantação, separado do direito de propriedade do titular do solo e autônomo em relação a este.

Pela escritura de concessão, o proprietário do terreno (*concedente*) atribui ao concessionário o direito de construir ou plantar em seu terreno e de investir-se da propriedade da construção ou da plantação pelo tempo convencionado no instrumento da concessão. Embora o direito positivo brasileiro não preveja expressamente, tem sido admitida a constituição da propriedade superficiária por cisão.[2]

A autonomia de cada um desses direitos de propriedade legitima cada um dos seus titulares a alienar ou onerar, especificamente, a coisa que lhe pertence sem que isso afete a coisa que pertence ao outro.

1.2 Natureza jurídica

A superfície é direito real, portanto, oponível *erga omnes*. O superficiário é proprietário da construção ou plantação e essa propriedade é autônoma, independente da propriedade do dono do terreno.

Por essa figura jurídica, cria-se um direito real autônomo, em coisa alheia, suspendendo ou interrompendo o princípio da acessão, pelo prazo de duração da concessão. José de Oliveira Ascensão diz que o direito de superfície representa *a outra face da acessão*.[3]

A constituição do direito de superfície importa na bifurcação do domínio pela qual se cria uma propriedade sobre o solo e outra propriedade sobre a construção ou plantação; no curso do prazo da concessão do direito de superfície, o solo continuará pertencendo ao concedente, enquanto a construção ou plantação constitui propriedade do concessionário; estas só virão a aceder ao solo após a extinção da concessão, ao serem incorporadas ao patrimônio do proprietário do solo (concedente).

Cada um dos contratantes é titular de uma propriedade autônoma, assim permanecendo pelo tempo que durar a concessão, daí por que cada um deles está legitimado a exercer plenamente os poderes de proprietário sobre a coisa que lhe pertence sem que tal exercício interfira no direito do outro. É que, durante a

1. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil* – Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 523 (reimpressão).
2. Nesse sentido, a III Jornada de Direito Civil promovida em 2004 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado 250, do seguinte teor: "Admite-se a constituição do direito de superfície por cisão".
3. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 528.

vigência da concessão, essas duas propriedades são incomunicáveis, do mesmo modo que são incomunicáveis os direitos e as obrigações que estiverem vinculados a cada uma dessas propriedades de per si.

Dadas essas características, atribui-se a cada um dos titulares de direito sobre ambas as propriedades o poder de disposição ou oneração separada de cada um desses direitos, circunstância que viabiliza operações de crédito para as mais diversas finalidades.

1.3 Aplicação prática

Dadas essas características, o direito de superfície poderá constituir importante instrumento de realização da função social da propriedade, na medida em que possibilita a utilização mais ampla, mais flexível e mais racional dos imóveis, mediante desdobramento do direito de propriedade e segregação dos ônus incidentes sobre esses direitos desdobrados.

É alternativa para consecução de políticas de ocupação do solo, do subsolo e do espaço aéreo relativo ao terreno, em articulação com outros mecanismos jurídico-administrativos. Uma das formas é a utilização do subsolo para construção de garagens.

Do ponto de vista do proprietário de terreno que não queira utilizá-lo ou não disponha de recursos para tal, a concessão gera receita e, ainda, o exonera dos encargos relativos aos impostos, manutenção, vigilância etc., isso além da incorporação da construção ou da plantação ao seu patrimônio, depois de expirado o prazo da concessão.

Um dos importantes efeitos patrimoniais da concessão do direito de superfície em relação ao dono do terreno é a inexistência de efeito negativo em seu patrimônio.

Ao contrário.

Com efeito, a concessão, quando onerosa, acrescenta desde logo uma nova receita ao fluxo financeiro do concedente, receita essa que não existiria caso o concedente mantivesse sua posição patrimonial anterior, isto é, a posição de um proprietário de terreno não adequadamente explorado em termos econômicos. Além disso, a concessão do direito de superfície cria, desde logo, um aumento patrimonial potencial, que se concretizará no final do prazo da concessão, quando a construção se agregar ao seu ativo.

A superfície tem se mostrado útil em várias atividades, que envolvam negócios imobiliários.

No mercado de securitização de créditos imobiliários, por exemplo: *de um lado*, há empresas que necessitam de imóveis de grande porte para instalação de indústria, comércio ou serviços, mas não se interessam em adquiri-los, e, sim, interessam-se por alugá-los, seja pela inconveniência da vultosa imobilização, seja pela conveniência do parcelamento dos desembolsos e da dedução no imposto de renda; *de outro lado*, para atender a essa necessidade, empresas do setor imobiliário produzem esse tipo de imóveis, constituem propriedade superficiária por cisão e concedem a propriedade da edificação à empresa industrial interessada, mediante pagamento de renda periódica, por prazo muito longo;

investida no direito creditório correspondente a essa renda futura, a empresa imobiliária o cede a uma companhia securitizadora; esta, por sua vez, emite títulos lastreados nesse crédito e os coloca no mercado de capitais ou no mercado financeiro. Dir-se-ia que, em vez de cindir sua propriedade e conceder a superfície, a empresa imobiliária poderia simplesmente alugá-la à indústria, de modo que receberia a mesma renda e conservaria todo o imóvel no seu patrimônio, e não apenas o terreno. A cessão do "crédito locatício" não parece ter consistência do ponto de vista jurídico e econômico e, portanto, não atenderia seu interesse em antecipar receita e intensificar o negócio da empresa imobiliária, *em primeiro lugar*, porque se eventualmente se extinguir a locação antes do prazo, extinguir-se-ia, em conseqüência, o crédito correspondente aos aluguéis que se venceriam daí em diante, e, *em segundo lugar*, porque o crédito locatício não tem lastro real. Diferentemente, na concessão da superfície não só a obrigação do superficiário é una, compreendendo a totalidade das prestações periódicas, como, também, o crédito correspondente a essa obrigação de pagar tem vínculo de natureza real, incidindo sobre a edificação.

Por esse modo, atende-se simultaneamente às necessidades do setor empresarial da produção e do mercado investidor, na medida em que, primeiro, se atende à demanda de recursos financeiros por meios alternativos de financiamento para o setor produtivo, viabilizando a obtenção de imóvel para instalação da empresa sem que ela necessite desembolsar o respectivo valor de compra, segundo, atende à necessidade da empresa imobiliária, de ceder seu crédito correspondente à retribuição pela concessão da superfície, de modo que, recebendo-o antecipadamente, de uma só vez, poderá acelerar seu ciclo produtivo e alargar o campo da circulação de riqueza, e, terceiro, supre o interesse por investimento mobiliário, com lastro em crédito garantido por direito real.

Outra situação é a de determinados empreendimentos de grande vulto, em relação a terrenos cujo valor para compra e venda é exacerbadamente elevado. A concessão da superfície viabiliza empreendimentos desse porte, do ponto de vista econômico e jurídico. Nesse caso, concede-se a propriedade superficiária a um empreendedor por prazo suficiente para que ele obtenha o retorno do investimento e aufira resultado financeiro compatível com a aplicação; em contrapartida, o proprietário do terreno (concedente) recebe uma renda, periódica ou não, e, expirada a concessão, apropria-se da construção ou da plantação; o empreendedor-concessionário, por sua vez, investido que estará no direito de propriedade sobre a construção ou plantação, estará legitimado a tomar financiamento e constituir sobre esse bem qualquer garantia real, independente de anuência do proprietário do terreno, ressalvado, obviamente, que a garantia somente perdurará pelo tempo da concessão.

Talvez não haja outra espécie de negócio jurídico em torno da propriedade imobiliária que ofereça essas duas vantagens conjugadas, isto é, a existência de um direito real de propriedade sobre terreno alheio, conquanto temporário, e a autonomia desse direito, limitada ao prazo da concessão.

2. Base legal

2.1 Base legal

O direito de superfície é direito real sobre construção ou plantação em terreno alheio, regulamentado pelos arts. 21 a 24 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e pelos arts. 1.369 a 1.377 do CC.

Assim dispõe o art. 1.369 do CC:

"Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis".

Já em relação aos imóveis urbanos a concessão é definida no art. 21 e seus parágrafos do Estatuto da Cidade, tendo o *caput* e seu § 1.º o seguinte teor:

"Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório do registro de imóveis.

§ 1.º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística".

Importa notar que ambas as normas legais coexistem, dadas determinadas características peculiares de que se revestem, entendendo-se que o Código Civil, editado posteriormente ao Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) não revoga esse diploma, tendo em vista sua aplicação como instrumento de política de desenvolvimento urbano, tal como definiu a I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no Enunciado 93.[4]

Recentemente, a Lei 11.481, de 31.05.2007, alterou a redação dos arts. 1.483 do CC e 22 da Lei 9.514/97, neles incluindo novos incisos que, considerando a autonomia dos direitos que se criam por força da concessão, explicitam a possibilidade de constituição de hipoteca e de propriedade fiduciária sobre propriedade superficiária, nos seguintes termos:

"Art. 10. Os arts. 1.225 e 1.483 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte reação:

'Art. 1.473 (...)

X – a propriedade superficiária.

§ 2.º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do *caput* deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado'.

Art. 11. O art. 22 da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 22 (...)

4. Enunciado 93: "As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano".

§ 1.º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

I – bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II – o direito de uso especial para fins de moradia;

III – o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;

IV – a propriedade superficiária.

§ 2.º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1.º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.'."

3. FORMA E MODO DE CONSTITUIÇÃO, DIREITOS E OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DAS PARTES

3.1 Forma de contratação

É negócio que se formaliza por escritura de concessão, sendo *concedente* o titular do terreno e *concessionário* ou *superficiário* aquele a quem é concedido o direito de construir ou plantar.

3.2 Modo de constituição do direito real de superfície

O negócio se formaliza mediante escritura de *concessão*, mas o direito real, com validade e eficácia perante terceiros, só passa a existir a partir do registro da escritura de concessão no Registro de Imóveis competente.

Uma vez registrada a escritura, o concessionário terá se tornado titular de direito real sobre a edificação e poderá negociá-la livremente, sem necessidade de anuência do concedente, observadas, naturalmente, as condições financeiras da concessão, bem como o respectivo prazo.

3.3 Direitos e obrigações das partes

A concessão é contratada por prazo determinado e durante esse prazo a propriedade da edificação é atribuída integralmente ao concessionário, que poderá alugá-la ou ceder seus direitos, no todo ou em parte, constituir garantias etc., desde que por prazo não excedente ao da concessão (arts. 1.483, X, do CC, e 22, IV, da Lei 9.514/97, e Enunciado 249 da III Jornada de Direito Civil).

A concessão pode ser gratuita ou onerosa (Estatuto da Cidade, art. 21, § 2.º; CC, art. 1.370); se onerosa, a retribuição a que faz jus o concedente é pagável em periodicidade livremente convencionada na respectiva escritura (o art. 1.370 do CC prevê que "o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente").

Na hipótese de alienação do terreno ou da edificação, ambos (concedente e concessionário) têm direito de preferência em igualdade de condições em face de terceiros.

A retribuição a que faz jus o concedente é convencionada na escritura. Em contrapartida, o concedente é obrigado a respeitar o direito real do concessionário por todo o prazo de duração da concessão, respondendo por eventuais perdas e danos que eventualmente causar por violação da propriedade e da posse do concessionário.

O concessionário é obrigado a pagar a retribuição convencionada e tem o direito de exercer livremente sua propriedade e posse sobre a construção ou plantação, podendo exercer todas as ações legalmente conferidas por lei ao proprietário e ao legítimo possuidor.

O concessionário poderá transmitir, total ou parcialmente, seu direito real de superfície, mediante cessão; nessa hipótese, o cessionário ficará sub-rogado nos direitos e obrigações decorrentes do direito de superfície, substituindo o concessionário original na relação com o concedente. A cessão, total ou parcial, poderá ser feita mesmo antes de o empreendedor concluir a construção.

3.4 Encargos e tributos

O art. 1.371 do CC prevê que "o superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem *sobre o imóvel*", enquanto o § 3.º do art. 21 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) estabelece que "o superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem *sobre a propriedade superficiária*, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo".

Como se vê, para efeito de responsabilização pelo pagamento dos encargos e tributos, a regra do Código Civil não faz discriminação entre o solo e a construção, mas a doutrina tem entendido que a regra é supletiva, admitindo-se que as partes distribuam entre si os encargos, respondendo o concedente pelos que incidem sobre o solo e o concessionário pelos que incidem sobre a construção.[5]

Essa distribuição proporcional das responsabilidades é conseqüência natural da divisão da propriedade entre o concedente e o concessionário.

Nesse sentido, a I Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado 93, do seguinte teor:

Enunciado 93 (art. 1.371): "As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície".

É essa a lógica que leva o Estatuto da Cidade a distinguir explicitamente a responsabilidade, dispondo, em termos cogentes, que "o superficiário responderá integralmente *pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária*" (grifamos), de forma tal que exclui sua responsabilidade pelos

5. VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao novo Código Civil* – Dos direitos reais – Arts. 1.225 a 1.510. 2. ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 551; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 293; CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de direito civil* – Direitos reais. In: SOUZA, Sylvio Capanema de (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 164-165.

encargos e tributos que incidam sobre o solo. Admite o Estatuto da Cidade, entretanto, que as partes estipulem diferentemente no contrato.

Para efeito dessa distribuição de responsabilidade importa, naturalmente, que ao ser cadastrado o imóvel, após o "habite-se", a Prefeitura discrimine o IPTU correspondente ao terreno e o correspondente à construção, que, como se sabe, no direito de superfície *não é considerada acessão*, durante o prazo da concessão.

3.5 Destino da construção ao final do prazo e em caso de desapropriação

Expirado o prazo, a propriedade da edificação será incorporada ao patrimônio do proprietário (concedente) independente de indenização, admitindo-se, entretanto, a estipulação de pagamento correspondente ao valor total ou parcial da edificação.

Se, antes de expirado o prazo, houver desapropriação, o direito de superfície será considerado extinto. Nesse caso, o valor correspondente à indenização será atribuído ao concedente e ao concessionário, na proporção do direito de cada um, sendo conveniente que essa proporção seja definida na escritura.

4. AUTONOMIA E SEPARAÇÃO PATRIMONIAL

4.1 Autonomia das propriedades do solo e da construção

Como já visto, a constituição de direito de superfície excepciona o princípio geral pelo qual a acessão se agrega à coisa principal e a ela se incorpora, passando a constituir ambas uma só coisa. O direito de superfície, diferentemente, atribui identidade própria à construção e a separa juridicamente do solo, conferindo autonomia ao direito de propriedade do solo e ao da construção, que permanecem incomunicáveis até a extinção da concessão.

Tendo autonomia e sendo suscetíveis de alienação separada, cada um desses direitos de propriedade pode, também, ser objeto de direito real de gozo ou de garantia.

O Estatuto da Cidade e o Código Civil omitiram-se a respeito da possibilidade de constituição desses direitos reais de gozo e garantia, circunstância que nos levou a propor, na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, um enunciado de interpretação do art. 1.369 do CC, visando afastar dúvidas quanto à separação e à autonomia dos direitos reais de incidentes sobre a construção e sobre o solo. A proposta foi aprovada por unanimidade, tendo o Enunciado o seguinte teor:

Enunciado 249 (art. 1.369). "A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474".

Posteriormente, a Lei 11.481, de 31.05.2007, como vimos, incluiu novos incisos nos arts. 1.483 do CC e 22 da Lei 9.514/97, neles deixando claro que a propriedade superficiária pode ser objeto de hipoteca e de garantia fiduciária.

O legislador, entretanto, desprezando o critério sistemático de formulação legislativa, optou pelo casuísmo: em vez de, num único texto, dispor sobre as *categorias* dos direitos reais de gozo e garantia passíveis de incidir sobre os bens objeto de direito de superfície, preferiu formular dois dispositivos legais, em duas leis, e, pior, referiu-se apenas a duas *espécies* de garantia, a hipoteca e a propriedade fiduciária.

Deveria o legislador alargar seu campo de visão e enxergar toda a categoria em que se incluem as espécies de garantia fiduciária e hipotecária e, além disso, como fez o Enunciado 249, contemplar também, de modo explícito, os direitos reais de gozo, abrangendo, assim, todo o campo em que incide o direito de superfície.

Além disso, esqueceu-se o legislador de explicitar que os direitos reais de gozo ou de garantia podem incidir, também com exclusividade, sobre o solo, e não somente sobre a construção.

Não tendo se referido a todas as espécies de direitos reais de garantia e de gozo e, além disso, tendo se referido à possibilidade de constituição de hipoteca e propriedade fiduciária apenas sobre a propriedade superficiária (omitindo-se quanto ao solo), abre perspectivas para que se suscitem dúvidas quanto à eventual necessidade de uma nova lei para, *primeiro*, explicitar a possibilidade de a propriedade superficiária ser objeto, também, de penhor, de anticrese, de usufruto, de uso, ou seja, os direitos reais de garantia e de gozo, e, *segundo*, explicitar que o solo (e não só a construção ou a plantação) também pode ser objeto de garantia. Anote-se, por relevante, que aquelas garantias podem ser úteis no financiamento de um *shopping center*, tendo como objeto os aluguéis das lojas e demais espaços, bem como no financiamento agrícola, tendo por objeto as colheitas pendentes ou em vias de formação, bem como os frutos acondicionados ou armazenados etc.

Ademais, talvez seja conveniente ressalvar em lei a suspensão do princípio da acessão, em relação à hipoteca constituída sobre o solo ou sobre a construção.[6] Ora, na medida em que, no direito de superfície, a construção, ou plantação, não se incorpora ao solo, e um dos seus principais efeitos é a constituição de dois direitos de propriedade separados, de modo que o solo e a construção, ou a plantação, permanecem separados e autônomos enquanto durar a concessão, seria conveniente que a norma legal relativa à constituição de hipoteca em matéria de direito de superfície ressalvasse a não-aplicação do art. 1.474 do CC, de modo que fique claro que a hipoteca incide somente sobre a construção, ou plantação, ou somente sobre o terreno, sem possibilidade de vinculação ou contaminação.

É de se admitir, entretanto, que, embora conveniente, a ressalva não chega a ser necessária, tendo em vista que, dada a autonomia inerente às distintas propriedades que se formam em razão da concessão, os direitos, obrigações, ônus, constrições e quaisquer encargos vinculam-se exclusivamente à coisa à qual correspondem, não se comunicando com a outra coisa. É em razão dessa

6. "Art. 1.474. A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel."

característica, inerente ao direito de superfície, que a edificação, ou a plantação, não responde pelos ônus e obrigações decorrentes da hipoteca constituída sobre o terreno, nem este responde pela dívida hipotecária que onera a construção ou a plantação.

4.2 Limitação da responsabilidade patrimonial das partes

É em razão da autonomia e da incomunicabilidade, inerentes ao direito de superfície, que a edificação, ou a plantação, não responde pelos ônus e obrigações decorrentes das garantias reais constituídas sobre o terreno, nem este responde pelas dívidas que oneram a construção ou a plantação, bem como os negócios vinculados à construção ou à plantação.

É igualmente em razão dessa autonomia que os direitos e as obrigações, com os respectivos ônus reais, vinculados ao terreno e os relacionados à construção, não se comunicam uns com os outros.

A autonomia e a incomunicabilidade de cada um dos direitos de propriedade formados por força da constituição da superfície são elementos essenciais da natureza dessa figura jurídica e estão presentes, de maneira direta ou indireta, no contorno legal que lhe dão o Código Civil e o Estatuto da Cidade.

Vejam-se, por exemplo, o art. 1.376 do CC e o § 3.º do art. 21 do Estatuto da Cidade.

De acordo com o art. 1.376, em caso de desapropriação a indenização será atribuída ao proprietário e ao superficiário, separadamente, em correspondência com o valor do direito real de cada um deles.

Outro aspecto contido explicitamente na lei refere-se à segregação da responsabilidade pelos encargos. Trata-se do § 3.º do art. 21 do Estatuto da Cidade, que atribui ao superficiário a responsabilidade pelos encargos e tributos que incidirem *sobre a propriedade superficiária*, "arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo".

O Código Civil é omisso a esse respeito, mas a doutrina tem entendido que a regra é supletiva, admitindo-se que as partes os distribuam entre si, respondendo o concedente pelos que incidem sobre o solo e o concessionário pelos que incidem sobre a construção,[7] tendo sido a matéria, também, objeto de Enunciado (93) da I Jornada de Direito Civil.[8]

A esse propósito, Marco Aurélio Bezerra de Melo, referindo-se à segregação de responsabilidades prevista de maneira expressa no Estatuto da Cidade, entende que "a previsão legal [refere-se ao Estatuto da Cidade] é mais razoável

7. VIANA, Marco Aurélio S. Op. cit., p. 551; CHALHUB, Melhim Namem. Op. cit., p. 164-165.
8. *Enunciado 93 (art. 1.371)*: "As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície".

que a do Código Civil, a despeito de termos concluído pelo caráter dispositivo da norma também nas superfícies efetivadas sob a égide do direito comum".[9]

Partindo desses pressupostos e explicitando melhor a segregação patrimonial inerente a essa figura, a IV Jornada de Direito Civil aprovou por unanimidade o Enunciado 321, pelo qual fica esclarecido que, por força da constituição do direito de superfície, criar-se-ão dois patrimônios distintos, incomunicáveis: *de um lado*, o terreno, com os direitos e obrigações a ele vinculadas (exceto a construção ou plantação), constituem um patrimônio de que é titular o dono do terreno, e, *de outro lado*, a construção ou plantação, autonomamente, constitui outro patrimônio, de que é titular o concessionário da superfície. Pelas obrigações e dívidas de cada um desses patrimônios respondem exclusivamente os bens integrantes do ativo a que estiverem vinculadas tais obrigações e dívidas, não podendo os credores de um desses patrimônios agredir bens e direitos do outro patrimônio. O Enunciado tem os seguintes termos:

Enunciado 321 (art. 1.369): "Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel".

Com efeito, tal como salienta a justificação do Enunciado 321, "o princípio da separação patrimonial é essencial para que o direito de superfície cumpra sua função econômica e social".

Esse princípio segregação já havia sido ressaltado anteriormente, pelo Enunciado 249 da III Jornada de Direito Civil (acima mencionado), seguido da alteração legislativa introduzida pela Lei 11.481/2007, que se refere especificamente à possibilidade de constituição de hipoteca ou propriedade fiduciária sobre a propriedade superficiária.

Com efeito, nenhuma utilidade prática teria a atribuição de direito de propriedade autônomo sobre uma edificação, destacado do direito de propriedade do solo, se essa autonomia não conferisse ao titular de cada um desses direitos separados, sobretudo o concessionário, o poder de, sem contaminar os direitos do titular da outra propriedade, constituir garantias reais sobre sua propriedade para levantar crédito visando melhor aproveitamento econômico.

Em regra, um empreendedor que tenha em mente implantar um grande centro comercial num terreno bem localizado precisa obter financiamento para levar a cabo seu empreendimento.

Do mesmo modo, um cidadão assalariado que obtenha uma concessão superficiária certamente necessitará de financiamento para construir sua moradia.

Em qualquer dos dois casos o financiador necessitará de garantia, mas nada justifica que os efeitos do vínculo real da garantia incidente sobre a construção extrapolem os limites da coisa para a qual ela foi constituída (construção), bem como o patrimônio vinculado aos negócios instalados na construção, e venha a comprometer o terreno.

9. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Op. cit., p. 298.

O credor, seja hipotecário ou fiduciário, por financiamento da construção em terreno objeto de concessão de superfície não poderá, jamais, penhorar o terreno caso o tomador do financiamento da construção se torne inadimplente, isto porque o objeto da garantia é exclusivamente a construção e o único responsável pelo pagamento do financiamento é o concessionário da superfície, que é o dono da construção, vedada a extensão dessa responsabilidade ao dono do terreno, sob pena de se atentar contra a natureza do direito de superfície e, o que seria pior, violar o princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

Efetivamente, uma das principais motivações do dono de um terreno, ao conceder a superfície, é tirar proveito do imóvel sem ter que aportar recursos e, bem assim, sem ter que responder pela execução da construção e pela exploração do negócio inerente à construção ou à plantação.

De outra parte, não se justifica, em princípio, que o concessionário se responsabilize pelos ônus inerentes ao terreno, salvo se a exploração do negócio comportar, se houver interesse econômico dele no negócio e se tal responsabilização for previamente negociada e pactuada entre as partes.

Em suma, a responsabilidade patrimonial do proprietário e do superficiário é condicionada e demarcada pela autonomia dos seus respectivos direitos de propriedade, daí por que permanecem segregados os direitos, inclusive creditórios, e as obrigações dos patrimônios dos quais façam parte, separadamente, o terreno e a construção.

Em conseqüência, o terreno não responde pelo passivo da edificação e dos negócios que o superficiário explore na edificação, do mesmo modo que a construção, ou a plantação, não responde pelo passivo vinculado ao terreno ou pelo passivo do patrimônio do proprietário do terreno, permanecendo os direitos e obrigações do patrimônio de cada uma das partes, inerentes à concessão da superfície, blindados em relação aos direitos e obrigações do patrimônio da outra parte.

Limita-se, assim, a responsabilidade do superficiário às obrigações, encargos e tributos vinculados exclusivamente à edificação e aos negócios nela explorados e a responsabilidade do proprietário aos encargos, tributos e obrigações vinculados ao terreno, sendo incomunicáveis os patrimônios especiais assim formados.

Assim, para segurança jurídica das operações relacionadas à concessão de direito de superfície e em atenção ao Enunciado 321 da III Jornada de Direito Civil, acima referido, é necessário que os assentamentos registrais sejam formulados de modo a deixar claros os limites da responsabilidade patrimonial do concedente e do concessionário. Para esse fim, é necessário que os direitos reais de gozo ou de garantia, a indisponibilidade ou a constrição, incidentes sobre o domínio útil ou pleno do terreno, bem como sobre a construção ou a plantação, sejam assentados separadamente na mesma matrícula, com as ressalvas necessárias a deixar explicitado que o conjunto de direitos e obrigações relativo ao terreno, bem como os direitos e obrigações vinculados à construção, ou à plantação, formam patrimônios incomunicáveis, de responsabilidade exclusiva do concedente, num caso, e do concessionário, no outro, não se lhes aplicando o art. 1.474 do CC.

5. Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil* – Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. (reimpressão).

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de direito civil* – Direitos reais. Coord. Sylvio Capanema de Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao novo Código Civil* – Dos direitos reais – Arts. 1.225 a 1.510. 2. ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

III Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo

Temas abordados no encontro
Café com Jurisprudência

Apresentação

Faz agora dez anos que reencontrei Thomas Molnar, conhecido e autorizado pensador húngaro. Estávamos ambos em Córdoba, na Espanha, respondendo a um prestigioso convite de Juan Vallet e Miguel Ayuso para participar das II Jornadas Hispânicas de Direito Natural. Molnar estava por então incomodado com um desses acontecimentos que no mundo contemporâneo se opina já trivial: durante um almoço, no caminho para Córdoba, lhe haviam furtado as malas que deixara no automóvel. Conversamos uma pequena prosa. Falamos de José Pedro. Depois, das malas furtadas. E eu, não me lembrando ao certo em qual Universidade norte-americana lecionava Thomas Molnar, indaguei-lhe sobre isso. Ele, com ar de afetada surpresa, respondeu-me: "Eu, lecionar em *Universidade* nos Estados Unidos? Não, eu não leciono em Universidade alguma nos Estados Unidos...". E antes que eu me pudesse dar conta do alcance dessa resposta, ele que ao certo ministrava aulas de História da Filosofia e de História das Religiões nas Universidades de Yale e de Nova York, Molnar concluiu: "Nos Estados Unidos não existe Universidade".

Pouco passado o tempo desse episódio, meu amigo Bernardino Montejano, justo orgulho do tradicionalismo argentino, presenteou-me com um valioso estudo sobre a Universidade, dando-me notícia, entre outras notáveis indicações, de um prenúncio embaraçador: corria a Universidade o grave risco de desaparecer.

De minha parte, pequeno, mas já *vecchio contadino* do Tietê, pensei tempo bastante para avistar o quanto há de muito acerto no que disseram Montejano e Molnar.

Por isso, recrutei um *caixote*, meus óculos de leitura, o Vicente Amadei, o Flauzilino dos Santos, o Sérgio Jacomino, o Ubiratan Guimarães e meus antigos alunos... Ah! Meus antigos alunos (que falta me faz o par de audiências que me davam)... E fomos todos — com a etiqueta que o Sérgio inventou: "Café com Jurisprudência" — fazer da busca da Verdade o melhor de nossa profissão intelectual. Convidamos gente graúda: Luís Paulo Aliende, Marcelo Berthe, Marco Antonio Muscari, Tânia Ahualli, Eduardo Augusto. Nosso Café se tornou principesco (alguém me disse que a idéia de um pequeno café *macchiato* acabou, isto se chama conspiração de circunstâncias ou, simplesmente, o *dedo de Deus*, uma abundante *colazione*).

Nossa reunião não tem porta nem janela: abre-se a quantos queiram, juntos, aprender os saberes. *Catadores da verdade, uni-vos!* Reunamo-nos no "Café" do Sérgio, do Flauzilino, do Vicente e do Ubiratan. Eu estarei por lá também, se *Dio vuole*. Não sei dizer se a Universidade se salvará. Para nós, ao menos e em boa hora (antes tarde do que nunca), o "Café" é nossa resposta ao facilitismo.

Nós, parece que somos nós e a busca da verdade. Além de meus óculos de leitura e o caixote. Parece humanamente pouco. Parece humanamente acanhado. Parece. De fato, parece. Mas *Deus providebit*. O *caixote* (explico-me), já está bem demais para o assento de um pequeno e *vecchio contadino*. Ah! Meus antigos alunos (que falta me faz o par de audiências que me davam)...

RICARDO DIP

1

A qualificação registral na retificação de registro e no georreferenciamento

EDUARDO AGOSTINHO ARRUDA AUGUSTO
Registrador em Conchas-SP.
Diretor de Assuntos Agrários do Irib.

RESUMO: O autor analisa o procedimento retificatório do registro de imóveis com ênfase na sua incidência sobre os imóveis rurais, conforme estabelecido pela Lei Federal 10.267/2001.

PALAVRAS-CHAVE: Imóvel rural – Retificação – Registro de Imóveis – Georreferenciamento – Lei 10.267/2001.

ABSTRACT: The author analyzes the rectifying procedure of the registration of properties with emphasis in its incidence on the landowing, as established by the Federal Law 10.267/2001.

KEYWORDS: Rural land – Rectification – Real estate registry – Geo-referrencing – Law 10.267/2001.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A segurança jurídica registral: 2.1 Qualificação registral: pressuposto da segurança jurídica; 2.2 Conceitos falsos de segurança jurídica; 2.3 A desejada segurança jurídica registral – 3. A função qualificadora do registrador: 3.1 O controle de ingresso de títulos; 3.2 Escrituração dos assentos registrais; 3.3 Procedimentos especiais: a busca da verdade real; 3.4 Fomento ao registro imobiliário; 3.5 A constante utilização do saber jurídico prudencial – 4. Os elementos retificáveis do registro de imóveis: 4.1 Objeto único da retificação: a especialidade – 5. Principais dúvidas quanto ao mérito da retificação: 5.1 Georreferenciamento é uma modalidade de retificação de registro; 5.2 As precárias descrições do passado; 5.3 Aumento de área na retificação; 5.4 Diminuição de área na retificação; 5.5 Qualificação registral em imóvel certificado pelo Incra; 5.6 Desmembramento de imóvel certificado pelo Incra; 5.7 Imóvel certificado com área beneficiada pelo prazo; 5.8 Casos mais complexos devem ser destinados à via judicial?; 5.9 Retificação de uma pluralidade de matrículas; 5.10 Inviabilidade da retificação e georreferenciamento – 6. A função social do registrador imobiliário.

1. INTRODUÇÃO

Para compreender bem a novel atividade retificadora do registrador imobiliário, é necessária a prévia compreensão da sua função qualificadora e dos princípios suprapositivos que sustentam o registro público de imóveis.

Este trabalho tem por finalidade destacar a dificuldade de presidir um procedimento de retificação de registro e decidir pela procedência ou não do pedido, com um objetivo-final bastante simples, mas ambicioso, que é conscientizar todos os registradores da importância de sua função registral e da necessidade do constante aprimoramento técnico-jurídico.

Sendo assim, o presente trabalho foi estruturado em cinco nótulas seqüenciais bastantes simples, assim dispostas:

1. A segurança jurídica registral.
2. A função qualificadora do registrador.
3. Os elementos retificáveis do registro de imóveis.
4. Principais dúvidas quanto ao mérito da retificação.
5. A função social do registrador imobiliário.

Basta a compreensão de cada um desses cinco recados, sem necessidade de decorar cada item discutido ou mesmo de concordar com todos os pontos de vista aqui apresentados. Havendo uma compreensão de forma genérica sobre cada uma dessas etapas, o objetivo do Irib será alcançado, que é trazer o registrador imobiliário para a saudável interação no campo das idéias, para que juntos possamos encontrar soluções simples e eficazes para o desempenho de nossa importante missão.

2. A SEGURANÇA JURÍDICA REGISTRAL

A função do registrador é garantir a segurança jurídica dos direitos reais imobiliários e de alguns direitos pessoais que têm acesso à matrícula. A segurança jurídica, pilar do registro imobiliário, é um princípio suprapositivo, pois está acima da lei. Isso significa que o legislador não pode eliminá-la do bojo do registro público, pois, se ele excluir esse princípio, estará na verdade extinguindo o próprio serviço registral imobiliário.

2.1 Qualificação registral: pressuposto da segurança jurídica

Para atingir seu objetivo, o registro imobiliário depende da segurança jurídica cujo pressuposto é a qualificação registral. A qualificação registral é a atividade do registrador na análise do título, decidindo se ele pode ou não ter acesso à tábua registral, ou seja, se o título está ou não apto a constituir aquele direito nele declarado.

Ao verificar um título, o registrador deve se utilizar dos saberes jurídicos técnico e prudencial. Com base no saber jurídico técnico, o registrador analisa se o título cumpre todos os requisitos determinados pelo ordenamento jurídico. Mas nem sempre a análise de um título é tão simples, pois as possibilidades de combinações de regras e interesses são infinitas, gerando uma enorme quanti-

dade de situações cuja análise não encontra fórmulas prontas na lei, dependendo de uma prudente e criteriosa decisão do registrador imobiliário. Para isso, deve ele se utilizar do saber jurídico prudencial, que é a arte de decidir com acerto.

Para decidir corretamente, deve o registrador utilizar o seu livre convencimento motivado, temperado com muita prudência. E, para isso, necessita do apoio de outro princípio suprapositivo, o da independência do registrador. Se o registrador imobiliário não trabalhar com autonomia, ocorrerá total abalo no princípio da segurança jurídica; e, sem segurança jurídica, o registro público imobiliário deixa de existir.

O registrador é um profissional do direito que exerce uma função tipicamente jurídica. Mediante a qualificação registral, tem o dever de proporcionar segurança jurídica a toda a sociedade quanto aos direitos reais incidentes sobre os imóveis localizados no território de sua competência. Portanto, não pode estar hierarquicamente subordinado a nenhum órgão da administração pública, pois deve ter total autonomia para decidir e garantir a efetividade do registro imobiliário. Na sua função típica, o registrador imobiliário encontra-se subordinado tão-somente à lei.

2.2 Conceitos falsos de segurança jurídica

Para compreender como se obtém a necessária segurança jurídica na atividade registral, o ideal é começar pela desmitificação de alguns paradigmas. Sendo assim, é melhor apresentar inicialmente as condutas que não representam segurança jurídica.

Segurança jurídica não é resguardar-se de problemas, não é atuar de forma a evitar conflitos com os usuários do sistema registral ou visando a sair-se ileso diante de correições ou de fiscalizações. Essas até são algumas das conseqüências da observância desse princípio, mas não representam por si só que a segurança jurídica tenha sido respeitada.

Alguns registradores dizem que só praticam determinado ato se "vier ordem do juiz", ou seja, a preocupação não é se aquele título tem potencialidade danosa a terceiros, mas apenas se a sua aceitação poderá ou não resultar em alguma punição, algum processo, algum problema.

Apenas para exemplificar, nos casos de usucapião, em que se percebe algum erro, muitos registram sem qualquer questionamento, sob a fraca alegação de que compete ao Judiciário verificar as falhas e, se este não verificou, não compete ao registrador saná-la.

Ora, o registrador tem por obrigação verificar se a área usucapida já estava titulada, sob pena de haver dois títulos sobre um mesmo imóvel, gerando conseqüências danosas para a credibilidade do sistema. A matrícula anterior (que deveria ter sido encerrada) pode ser dada em hipoteca para garantir um crédito, e, na eventualidade de uma execução, esta se ver fraudada diante de um registro que não representa mais nenhum imóvel. Compete ao registrador tal verificação, pois foi a ele que o Estado confiou o controle dos direitos reais incidentes sobre os imóveis e somente ele tem condições de exercer esse controle.

Outra falha nesse aspecto está no hábito de consultar o juiz corregedor para que este decida sobre determinada situação. Seria o mesmo que o juiz de primeiro grau ligar para o Tribunal e perguntar a um dos desembargadores como deveria decidir uma lide. Além de ser uma forma indigna de eximir-se de suas responsabilidades, isso derruba o princípio da segurança jurídica, pois a verdadeira qualificação foi feita por pessoa diversa daquela determinada pela lei, o que, por si só, pode tornar nulo o ato registral.

A função da qualificação registral é intransferível, é uma atividade personalíssima, que foi delegada pelo Estado a uma determinada pessoa, por confiar em sua potencialidade para o desempenho da função. Não se deve quebrar essa confiança, sob pena de não consegui-la de volta nunca mais.

Por outro lado, segurança jurídica também não é interpretar literalmente a lei e exigir cem por cento de certeza, porque isso é pura utopia. Deve-se trabalhar com a realidade palpável e não com base em uma dimensão teórica inatingível. Se a lei for interpretada de forma estrita, *dura lex sed lex*, o sistema registral brasileiro será bloqueado, pois praticamente tudo será barrado pela qualificação registral. Atuando assim, bloqueando o sistema registral brasileiro, conseguirá o registrador imobiliário dar segurança jurídica à comunidade?

Não existe segurança jurídica absoluta. O que existe é a segurança relativa, cuja análise e limite exigem bom senso e são aferidos pelo saber jurídico prudencial. O registrador deve cumprir sua função de decidir de forma prudente e de acordo com os limites da lei, uma vez que a lei nem sempre se manifesta de maneira clara, cabendo ao registrador interpretá-la de acordo com o caso concreto.

2.3 A desejada segurança jurídica registral

Enfim, atuar com segurança jurídica é garantir os direitos legalmente constituídos, propiciando segurança à sociedade e não necessariamente ao registrador. Proporcionar segurança à sociedade significa dar garantia ao titular do direito real e alertar todos os demais obrigados – a sociedade – a respeitar esse direito legalmente constituído, que é *erga omnes*. Atuando com o devido profissionalismo e atenção, a conduta do registrador imobiliário gerará importantes reflexos para o desenvolvimento econômico e social de nosso País.

3. A FUNÇÃO QUALIFICADORA DO REGISTRADOR

A função qualificadora é uma atividade bastante complexa a cargo do registrador, que merece ser estudada de forma um pouco mais esquadrinhada. Para tal, devemos analisar as principais atividades desempenhadas pelo registrador imobiliário. São elas:

a) controle de ingresso de títulos;

b) escrituração dos assentos registrais;

c) presidência e decisão de alguns procedimentos especiais; e

d) fomento do registro.

Qualificar é decidir, julgar. É preciso utilizar o saber jurídico prudencial para promover uma boa qualificação registral. E tal saber prudencial deve ser utilizado não apenas na verificação de um título, mas em todas as atividades desempenhadas pelo registrador.

3.1 O controle de ingresso de títulos

O título prenotado passa para a fase preparatória e, em seguida, para a qualificação registral que, em suma, é a atividade de analisar a registrabilidade ou não dos títulos prenotados para registro.

Verificado algum vício no título, ele recebe uma qualificação negativa que impede o seu ingresso na tábua registral. A qualificação negativa tem por objetivo:

a) salvaguardar a garantia dos direitos legalmente constituídos; e

b) impedir a "geração de direitos" em desacordo com a lei.

Figura 1 – Controle de ingresso de títulos

O principal objeto da análise qualificatória são os elementos extrínsecos do título, que representam o cumprimento ou não da formalidade exigida pela lei para a efetivação do negócio jurídico. Há também a análise de vários outros elementos, dependentes da situação particular de cada caso, como o cumprimento de obrigações tributárias e comprovação de regularidade previdenciária.

3.2 Escrituração dos assentos registrais

Se a qualificação for positiva, o título deve ser registrado. Mas, para isso, passa-se pela fase de preparação do assento registral, isto é: o registrador seleciona os elementos essenciais do título; extrai deles as informações que devem constar do assento registral; e textualiza o assento registral de forma clara, precisa e concisa, para a total compreensão dos direitos que foram ali constituídos.

O texto do registro, que tem por finalidade a publicidade efetiva desses direitos, não é de responsabilidade do tabelião que elaborou a escritura, do juiz que determinou a produção do título judicial nem das partes que fizeram o compromisso particular. A responsabilidade do texto a ser escriturado no fólio real é do registrador imobiliário. Compete a ele redigir o assento registral a partir dos dados extraídos do título.

Figura 2 – Escrituração dos assentos registrais

Se o registrador não tiver certeza de como elaborar o texto diante da precariedade do título, isso significa que o instrumento está falho, portanto, tem de ser qualificado negativamente e devolvido para que o interessado solucione a questão.

A regra não é copiar o texto do título, porque pode haver nele alguns problemas de redação que, apesar de existentes, não ensejam necessariamente a sua devolução. Com a qualificação positiva, subentende-se que o título cumpriu as exigências legais mínimas para a constituição do direito e para o acesso à tábua registral. Mas isso não significa que seu texto seja claro o suficiente para ser corretamente interpretado pela sociedade, destinatária-final da informação e sujeito passivo do direito *erga omnes* ora constituído.

Se o registrador qualificou positivamente o título, é porque ele encontrou ali todos os elementos essenciais do negócio jurídico, o que significa que tem ele plenas condições para selecionar os itens estruturais do negócio jurídico perfeito e extrair os elementos necessários para textualizar um assento inteligível que cumpra seu objetivo de constituir o direito de forma inequívoca e de dar a devida publicidade registral a toda a sociedade.

3.3 Procedimentos especiais: a busca da verdade real

Há, também, alguns procedimentos especiais, como a retificação de registro, com ou sem georreferenciamento, e o procedimento da regularização fundiária,

algo ainda embrionário que logo será uma das principais atribuições do registrador imobiliário.

Nos procedimentos especiais busca-se sempre a verdade real e a qualificação registral é plena, pois incide diretamente sobre o mérito da questão. A atividade registral atua hoje diante de novas regras e institutos, dos quais se destacam a atuação de ofício e a diligência para vistoria e confirmação. Aqui, o livre convencimento motivado é ainda mais importante, tendo em vista que se deve priorizar o saber jurídico prudencial, não bastando o uso do saber jurídico técnico que costuma ser suficiente para o dia-a-dia dos registros.

Prudente critério significa decidir de acordo com a lei, com bom senso, adaptando a lei ao caso concreto, encontrando soluções inteligentes e eficazes. Nos procedimentos especiais, a qualificação registral passa a ser plena, fugindo à regra do *quod non est tabula et non est instrumenta, non est in mundo.*

Se o registro público imobiliário tiver um controle eficaz dos direitos incidentes sobre os imóveis, o mercado passará a ter confiança no sistema registral. Acreditando que o sistema registral desempenha com eficácia a sua função de impedir que títulos imperfeitos ingressem no registro, terá o mercado a necessária segurança de que eventual garantia registrada em seu favor será preservada a todo custo. Isso gera a desnecessidade de despesas extras com avaliações *in loco* e com assessoria jurídica para decidir se a garantia real ofertada pelo proprietário compensa o risco. Diante da credibilidade do sistema, basta a apresentação da certidão atualizada da matrícula para que o credor possa liberar o crédito sem receios, garantindo-o com a eficaz hipoteca.

No entanto, essa ainda não é a realidade brasileira. Muitas vezes uma matrícula faz referência a um imóvel que não mais existe. E isso, na maior parte das vezes, ocorre não devido a fraude, mas sim a falhas do sistema de controle dos imóveis (usucapião, sem baixa do título anterior; desmembramentos sucessivos sem controle da disponibilidade quantitativa e da disponibilidade qualitativa; titulação em duplicidade pelo próprio Estado; ações discriminatórias que não relacionaram os títulos a serem cancelados etc.).

Isso gera confusão, prejuízo, desconfiança, enfim, acaba afastando a sociedade do registro, piorando ainda mais a situação de um sistema que tem por obrigação gerar confiança, credibilidade, segurança. E esse prejuízo é sofrido por todos, não apenas pelos titulares de bens imóveis, mas por toda a sociedade, da pessoa mais rica à pessoa mais pobre, uma vez que, diante de tais contingências, as instituições financeiras deverão restringir a oferta de crédito, exigindo garantias mais consistentes e compensando suas previsíveis perdas com a elevação da taxa de juros. E taxa de juros elevada, como todos sabem, desaquece a economia, atravanca o progresso e gera cada vez mais pobreza.

3.4 Fomento ao registro imobiliário

A efetividade do registro imobiliário necessita, além de uma excelente qualificação registral, de condutas e campanhas educativas que atraiam os títulos para a tábua registral e que evitem novas falhas nos títulos a serem elaborados.

Devemos incentivar o ingresso de títulos que já possuem condições de registro, os chamados "contratos de gaveta". Devemos orientar a população, esclarecendo-a que o registro de imóveis existe para dar segurança jurídica não apenas para o proprietário do bem imóvel, mas para toda a comunidade, uma vez que esse registro surtirá efeitos para todos indistintamente.

No tocante aos títulos falhos, a nota de devolução deve ser explicativa, conclusiva. Não basta exigir que se "cumpra o disposto no artigo 225 da Lei dos Registros Públicos". É preciso que a exigência seja feita de forma clara, como exemplo: "para viabilizar o registro pretendido, basta uma escritura de rerratificação que traga a completa descrição do imóvel rural, ou seja, a descrição deve ter texto idêntico à descrição existente na matrícula 1.234". Somente com a apresentação de solução numa linguagem acessível, a sociedade se sentirá motivada e terá condições de atender as exigências legais.

Para a obtenção da segurança jurídica, não basta impedir o acesso de títulos viciados. Há que se fomentar o ingresso dos títulos hábeis e a correção dos títulos viciados. Caso contrário, haverá o império do sub-registro, que é um dos maiores indicativos de subdesenvolvimento de uma sociedade.

As regiões mais pobres do Brasil estão fora do registro imobiliário. O Vale do Ribeira, no Estado de São Paulo, é uma das regiões mais carentes do Estado e possui um baixo índice de terras tituladas. A mesma relação sub-registro e subdesenvolvimento ocorre em todo o País e no mundo.

Um imóvel sem título é apenas um pedaço de terra, com valor bastante depreciado. Como não se obtém crédito, o proprietário não consegue produzir ou, quando muito, utiliza sua terra de forma precária, não sustentável, esgotando o seu potencial em pouco tempo. Isso cria um círculo vicioso com potencialidade nefasta de gerar cada vez mais pobreza.

Por outro lado, um imóvel matriculado possibilita o acesso ao crédito, uma vez que poderá ser dado em garantia pelo pagamento da dívida, mediante o registro de uma hipoteca que ficará a ela vinculada. Com acesso ao crédito, o proprietário consegue adquirir insumos e a sua produção aumenta. Isso gera circulação de riquezas, aquece a economia e cria um círculo virtuoso que colabora sobremaneira para o crescimento do País.

Para combater o mal do sub-registro e o descrédito do sistema registral, este deve ser efetivo, mediante a correta observância do princípio da segurança jurídica, que requer a total independência e autonomia do registrador na sua função qualificadora. Além disso, deve-se fomentar o registro, divulgando a sua importância para a sociedade e a forma como se deve proceder para evitar as falhas que tem impedido o acesso de muitos títulos ao fólio real.

Agindo assim, estará o registrador cumprindo a sua função socioeconômica, pois a efetividade do sistema registral imobiliário brasileiro trará somente conseqüências positivas para o País, entre elas, a erradicação da pobreza e o desenvolvimento nacional.

3.5 A constante utilização do saber jurídico prudencial

O saber jurídico prudencial, intimamente ligado à função decisória, não é característica privativa da qualificação registral do título prenotado para ingresso na matrícula, apesar de sua utilização nesse momento ser crucial para o sucesso do sistema registral.

Em todas as atividades que foram tratadas neste tópico, a utilização do prudente critério colabora para o aperfeiçoamento do registro público imobiliário e deve ser uma constante na conduta do registrador.

Não basta saber retificar os erros do passado. Devemos aprender com eles e evitar que venham a ocorrer novamente. Ou seja, é preciso atenção redobrada na escrituração dos assentos registrais, sabendo extrair os dados essenciais, elaborando um texto claro, preciso e conciso, para que a publicidade registral seja efetiva e todos entendam quais são o direito e o dever resultantes daquele registro.

Quanto à comprovação da existência ou não dos direitos incidentes sobre imóveis, a certidão da matrícula deveria ser o documento de confiabilidade do mercado. Está próximo o dia em que a simples leitura da certidão da matrícula será suficiente para que as instituições financeiras liberem o crédito mediante o registro de uma simples hipoteca, sem a necessidade de prévia vistoria no imóvel nem exigência de garantia complementar.

Em busca do resgate dessa confiabilidade, o procedimento retificatório e a regularização fundiária estão corrigindo as falhas do passado, diminuindo o sub-registro e, conseqüentemente, erradicando a pobreza, com conseqüências positivas para toda a sociedade brasileira.

Há algo pelo qual o Irib tem batalhado muito, e todos nós podemos colaborar, cada um em sua localidade, em sua atividade profissional. Precisamos orientar a nossa sociedade, mediante iniciativas simples, mas eficazes, como publicar um texto informativo no jornal local, reunir-se com a administração municipal na busca de soluções para os parcelamentos irregulares, enfim, atuar em conjunto com a comunidade, visando a colaborar para o aprimoramento do desejado bem-estar social.

4. Os elementos retificáveis do registro de imóveis

Muitas pessoas ainda não sabem o que pode ser retificado no registro de imóveis. Isso porque é muito sutil a linha divisória entre as hipóteses de retificação do registro, de retificação do título e de instituição de novos direitos com intuitos meramente retificatórios.

Para esclarecer esse ponto, primeiro, devemos identificar os elementos existentes no registro imobiliário. Essencialmente são três: o próprio direito, o sujeito do direito e o objeto do direito.

Cada um desses elementos deve estar adequado às regras de um exclusivo princípio da especialidade:

a) o próprio direito, que é o cerne do registro imobiliário, deve se adequar ao princípio da especialidade do fato jurídico;

b) o sujeito do direito – as pessoas ligadas direta ou indiretamente ao assento registral – deve obedecer ao princípio da especialidade subjetiva; e

c) o objeto do direito – que não é o imóvel, mas sim a propriedade imobiliária, um pedaço de terra qualificado pela existência de um proprietário que adquiriu essa condição na forma da lei – deve cumprir o princípio da especialidade objetiva.

Especialidade vem do verbo especializar, que significa tornar especial, descrever, tornar único, tornar individuado, ou seja, é a forma de qualificar algo, tornando-o facilmente identificável.

Na especialidade do fato jurídico, descreve-se o direito constituído pelo título registrado; na especialidade subjetiva, qualificam-se as pessoas que participaram do negócio jurídico; e, na especialidade objetiva, descreve-se o perímetro e demais características da propriedade imobiliária.

Há também um quarto elemento, composto pelos itens acessórios do registro: as anotações no protocolo e nos indicadores pessoal e real, certos detalhes na matrícula, a data do assento no registro, a numeração do assento etc. Apesar de sua natureza acessória, uma falha num determinado item pode gerar sérias conseqüências e prejuízos de grande monta. Um bom exemplo dessa gravidade seria uma data digitada errada, gerando um provimento judicial de ineficácia da alienação, seguido de penhora e arrematação do imóvel em hasta pública. Argumentar que o advogado e o próprio interessado deveriam ter conferido a exatidão desse dado é a pura negação da funcionalidade do registro de imóveis. O que consta do registro é para ser acreditado e não conferido, portanto, devemos trabalhar para corrigir todas as falhas do dado registrado e não transferir à sociedade a responsabilidade pela sua conferência.

Para evitar todas essas falhas, basta a total atenção na função de extração e seleção dos dados constantes do título e a perfeita textualização do assento registral, estando consciente do objetivo de proporcionar uma efetiva publicidade registral.

4.1 Objeto único da retificação: a especialidade

Se alguém comprou (pensou comprar) um determinado lote e, por engano, o contrato fez referência a um lote de outra quadra, aqui não ocorreu um equívoco na especialização do bem, mas sim um vício do consentimento, denominado erro (CC, art. 138).

Mesmo que a real vontade das partes fosse a concretização da alienação do outro lote, esta foi superada pela falha no título, falha esta que contamina o próprio consentimento, uma vez que a alienação e a oneração de bem imóvel possui forma solene prevista em lei para a manifestação da vontade, tendo pouco valor, ou até nenhum, o que foi decidido extracártula.

Para solucionar esse caso hipotético, há três possibilidades:

a) se o título ainda não foi registrado, há como retificá-lo (escritura de rerratificação) para que seu ingresso no registro imobiliário gere os direitos coincidentes com a real intenção das partes;

b) caso o título já tenha sido registrado, podem as partes optar pela produção de dois novos títulos: o distrato e uma nova alienação (esses novos títulos terão intuito meramente retificatório, mas não estarão livres das conseqüências tributárias incidentes sobre cada novo negócio jurídico); ou

c) a busca de um provimento judicial reconhecendo o defeito do negócio jurídico, que anulará o título e, conseqüentemente, os efeitos do registro, sobrando às partes a opção de gerar um novo título (judicial ou não) quanto à correta alienação que pretendiam efetuar.

Apesar de existirem decisões favoráveis a respeito, a simples retificação de um título já registrado não pode gerar a retificação do registro, pois o vício do consentimento, para gerar a anulação do título, deve ser reconhecido judicialmente e não pela simples vontade das partes. Sem a homologação judicial, todas essas "correções" criam novos fatos geradores de impostos, taxas e emolumentos, não podendo o registrador superar tais questões por absoluta incompetência funcional nessa seara.

O que se retifica é o erro de especialidade, da descrição, da qualificação, e não o erro quanto ao objeto (quis o lote 23 da quadra A, mas adquiriu o 23 da quadra B), quanto à pessoa (quis vender para Fioranelli, mas outorgou uma escritura em favor de Jacomino) ou do direito (queria doar o imóvel, mas formalizou uma compra e venda).

A especialidade do fato jurídico responde à pergunta: qual é o direito? A especialidade subjetiva responde à pergunta: quem tem esse direito? A especialidade objetiva responde à questão: sobre qual propriedade imobiliária recai o direito?

O repertório registral é a matrícula, portanto, é ela que deve ser aperfeiçoada para cumprir os princípios da especialidade objetiva, subjetiva e do fato jurídico. Deve descrever corretamente tanto o imóvel como parcela onerada que dependa de descrição técnica, como a servidão de passagem, por exemplo. Deve qualificar corretamente as pessoas que têm direitos e deveres sobre o imóvel. E, por fim, deve sacramentar a certeza de quais são os direitos e ônus incidentes sobre determinada propriedade imobiliária.

Qualquer falha de especialização encontrada na matrícula, na descrição do imóvel, na qualificação das pessoas ou na descrição do direito, deve ser corrigida pelo procedimento de retificação de registro, mas desde que se comprove que se trata de um erro na especialização.

No caso de falhas na escrituração de qualquer um dos itens acessórios do registro, a regra para esse elemento é a retificação de ofício. Não há necessidade de nenhum procedimento formal, embora tudo deva estar documentado. E o princípio informador dessa retificação é a autotutela do ato administrativo.

Retificar é corrigir erros ou sanar omissões. Não se altera o direito, acerta-se apenas a descrição, a especialidade. Mas, convém repetir, não basta saber retificar, temos de impedir que novos erros ocorram. Temos de evitar omissões e zelar pela qualidade do assento registral com informações claras, precisas e concisas que possam colaborar para o aperfeiçoamento do nosso sistema registral imobiliário.

5. PRINCIPAIS DÚVIDAS QUANTO AO MÉRITO DA RETIFICAÇÃO

Nesta seção, foram selecionadas as principais dúvidas, muitas vezes verdadeiros mitos, que têm surgido sobre o assunto retificação de registro e georreferenciamento. Tais dúvidas foram extraídas dos questionamentos feitos ao "Irib Responde" provenientes de todas as regiões do Brasil.

5.1 Georreferenciamento é uma modalidade de retificação de registro

Antes de mais nada é importante destacar que o georreferenciamento de imóvel rural é uma modalidade de retificação da descrição tabular do imóvel. Sendo assim, compete ao registrador as mesmas cautelas e providências no tocante à retificação de um imóvel urbano ou mesmo de um imóvel rural ainda dispensado da obrigatoriedade do georreferenciamento.

Isso, no entanto, não quer dizer que se deve seguir à risca as regras expressas no art. 213 da Lei dos Registros Públicos e exigir, por exemplo, assinaturas dos confrontantes na planta e no memorial, não aceitando as cartas de anuência efetivadas nos termos dos atos normativos do Incra. Aqui vale o princípio da instrumentalidade das formas, mediante o qual o que interessa é a garantia da segurança jurídica e não o exacerbado cumprimento de formalidades sem a real necessidade.

O que deve ser fiscalizado, com o máximo de rigor, é o mérito do procedimento, ou seja, comprovar a existência dos direitos alegados, a perfeita identificação de seus titulares e a correta localização e formatação da propriedade imobiliária que está sendo objeto da retificação. Nesse procedimento a qualificação registral deve ser completa, não se limitando aos documentos e poucos argumentos juntados pelos interessados, devendo atuar de ofício, mediante diligências e coleta de provas, caso sinta tal necessidade.

O registrador imobiliário deve ter o mérito como alvo constante de preocupação e não ficar limitado a uma conferência burocrática de regras procedimentais, como se isso bastasse para garantir a segurança jurídica do sistema registral. Os demais exemplos que serão tratados aqui demonstram claramente estar equivocado esse modo de proceder.

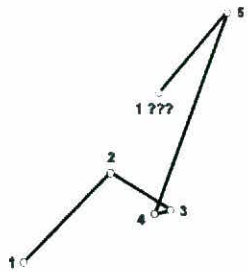
5.2 As precárias descrições do passado

Eis um terrível mito que tem causado certas injustiças. Muitos pensam que uma descrição que traz dados numéricos (azimutes e distâncias) proporciona mais segurança jurídica do que as precárias descrições do passado. Diante desse paradigma, muitas das antigas transcrições não geraram matrículas devido à precariedade da descrição do imóvel, somente passando pelo crivo do registrador aquelas que traziam medidas de suas perimetrais. Tal exigência, abalizada por muitas decisões do Conselho Superior da Magistratura e da Corregedoria Geral da Justiça, tem por argumento o princípio da especialidade objetiva.

No entanto, basta analisar as descrições existentes nas matrículas (as consideradas "cumpridoras" do princípio da especialidade objetiva) para derrubar de vez esse mito. Infelizmente quase a totalidade das descrições existentes apre-

senta falhas gravíssimas, gerando mais confusão ainda no tocante à verdadeira formatação da propriedade imobiliária.

Ao analisar uma matrícula com descrição apurada em procedimento judicial, chegou-se ao seguinte desenho do imóvel:



Um sítio com 250 hectares localizado no Bairro das Palmeiras, no Município e Comarca de Conchas – SP, com a seguinte descrição técnica:			
1 – 2:	Az. 45°	2.500m	RFFSA
2 – 3:	Az. 125°	1.123m	estrada municipal
3 – 4:	Az. 270°	345m	Rio das Conchas
4 – 5:	Az. 12°	3.480m	Rio das Conchas
5 – 1:	Az. 223°	1.870m	Rio das Conchas

A descrição anterior desse imóvel, constante de uma antiga transcrição da década de 50, era bastante precária, pois trazia apenas alguns parcos elementos de confrontação, sem delimitar a distância nem a quantidade de perimetrais. No entanto, tal precariedade não gerava nenhuma dúvida quanto ao direito constituído em favor de seu titular.

Descrição da Transcrição 1.547 (Livro 3B), de 1953:

Um sítio com 250 hectares localizado no Bairro das Palmeiras, confrontando com a linha férrea, com a estrada municipal e com o Rio de Conchas.

A simples existência de distâncias e azimutes na matrícula não quer dizer muita coisa. Lógico que, se os dados numéricos estiverem corretos, essa descrição aumentará a segurança jurídica. Infelizmente, não é essa a realidade da grande maioria das matrículas. E, exatamente por isso, surgiu a legislação do georreferenciamento, para dar um basta a essas descrições malfeitas, estipulando regras rígidas de agrimensura para que se atinja a necessária efetividade das descrições que forem criadas sob a sua vigência.

5.3 Aumento de área na retificação

A retificação de registro, com ou sem a técnica do georreferenciamento, tem por escopo corrigir falhas ou sanar omissões na descrição do imóvel. Não se pode aumentar área, nem diminuir, exceto em situações especialíssimas permitidas por lei (aluvião, por exemplo).

Muitos consideram que o § 1.º do art. 500 do CC deva ser utilizado na retificação por analogia. Há até muita jurisprudência que o cita de forma expressa. No entanto, isso é um grande equívoco.

Diz o art. 500 do CC: "Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço".

É praticamente impossível que duas medições efetuadas sobre um mesmo imóvel gerem exatamente os mesmos resultados. Tal divergência ocorre em decorrência de uma grande quantidade de variáveis, que vão desde os critérios particulares de cada profissional até a falta de regras precisas de como atuar diante de inúmeras situações. Mas o principal fator é a quase sempre insignificância (prática e econômica) dessa divergência apurada, que não justificaria uma criação de regras mais detalhadas. Tanto é assim que a "rigorosíssima" legislação do georreferenciamento considera aceitável uma divergência de até 50 cm entre os trabalhos de dois agrimensores atuando em imóveis confrontantes.

Sabendo disso, o legislador teve que impor um limite à regra da "compensação" do art. 500, pois sempre que se medisse o imóvel, seria encontrada uma divergência. O limite foi imposto no §1.º, que estipula: "Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio".

Seria viável a utilização dessa regra, por analogia, na retificação de registro? Para responder isso, é preciso fazer uma análise do caso utilizando os saberes jurídicos científico, técnico e, principalmente, o prudencial.

O art. 500 refere-se ao direito privado, direito contratual, negócio jurídico entre pessoas maiores e capazes, trata de indenização diante do descumprimento contratual e de direitos disponíveis. A retificação de registro trata de algum desses itens?

Não! A retificação tem por escopo o registro público, trata de corrigir a publicidade de um direito constituído na forma da lei, direito este que, para ser alterado, requer o cumprimento de regras rígidas, de formalidades, de produção de novos títulos e do recolhimento de novos tributos. O registro público imobiliário cuida da segurança dos direitos reais, dos direitos *erga omnes*, que todos devem obedecer. Não pode ser alterado pela simples vontade de seu titular sem o cumprimento das formalidades essenciais.

Se o art. 500 pudesse ser utilizado (vejam o absurdo), um proprietário de uma grande área urbana nos subúrbios da cidade poderia adquirir, por contrato de gaveta, um lote de um empreendimento confrontante e anexá-lo à sua propriedade por intermédio da retificação de registro. Bastaria que a área de seu imóvel fosse 20 vezes maior do que a área do lote. Ou seja, um lote de 150m² poderia ser anexado a um imóvel de 3.000m² pela via da retificação de registro, sem a elaboração de escritura pública nem recolhimento de tributos, uma vez que "cumpriu" o disposto no art. 500 do CC, pois o aumento de área não superou 1/20.

Além disso, a coisa mais rara que se tem observado é a divergência entre o apurado e o dado constante da matrícula ficar dentro do limite dos 5%. Prevalecendo essa regra, praticamente todos os imóveis rurais não poderiam ser retificados, o que tornaria o procedimento de retificação inútil para a sociedade brasileira.

A regra é outra: salvo situações especialíssimas previstas em lei, não se pode aumentar nem diminuir a área do imóvel pela via da retificação. O que pode e deve ser feito é a correção do erro, nem que isso signifique que a área constante do registro e a dimensão apurada em campo estejam com elevada divergência. Comprovado que tal divergência representa erro no tocante à especialidade objetiva, a retificação deve ser qualificada positivamente.

Atenção: não confundir "aumento de área" com "correção da medida do imóvel". Aumento de área é proceder à anexação de área não garantida pelo título de propriedade, correção significa descrever corretamente a propriedade imobiliária que foi constituída na forma da lei.

Assim é puro mito essa história de haver uma porcentagem aceitável de aumento de área. O que costuma existir é um padrão na divergência em cada região analisada em particular, ou seja, mero parâmetro de segurança. Em Conchas, por exemplo, a divergência entre o declarado nas matrículas e o apurado em campo atualmente tem girado em torno de 20%, quer para mais ou para menos. Dessa forma, nas divergências que não ultrapassam esse parâmetro, a qualificação tende a considerar a boa-fé do requerente forte o suficiente para ser derrubada apenas por indícios mais robustos de falhas ou fraudes. Ultrapassado esse limite, o princípio da boa-fé vai perdendo sua potência, ou seja, quanto maior a divergência, maior será o ônus do proprietário para comprovar que isso representa um erro do dado registral e não um acréscimo indevido de área. Nesse caso, se não apresentar provas ou fortes indícios que corroborem a sua argumentação, a qualificação registral será negativa.

5.4 Diminuição de área na retificação

E como fica o caso de diminuição de area? É muito comum ouvir a seguinte explicação: um projeto de retificação que apresenta diminuição de área traz segurança jurídica suficiente no sentido de que não está havendo inclusão indevida de área, pois no máximo, o prejuízo será do próprio titular, pois a área diminuiu.

Esse é outro mito que pode gerar uma série de fraudes. O proprietário de um imóvel de 200 ha, cuja área real seja de 180% (divergência: 10% menor), por exemplo, poderia aproveitar essa discrepância e adquirir uma parcela do imóvel de seu vizinho (por exemplo, 15 hectares) sem a formalidade legal do instrumento público nem recolhimento dos tributos incidentes sobre essa negociação. Ao apresentar o projeto de retificação no registro imobiliário, o registrador verificaria que a matrícula diz ter ele 200 ha e o novo levantamento diz ter apenas 195 ha. Diante dessa área menor, o registrador tende a acreditar que não está sendo incluída área não titulada nesse levantamento, pois a área diminuiu. Como se vê, trata-se de um mito que deve ser derrubado.

Por esse motivo, a função qualificadora é de extrema complexidade e requer muita prudência por parte do registrador. E que fique bem claro que isso não é uma opção pessoal de postura, pois a qualificação registral é uma atribuição funcional inafastável, pessoal e indelegável.

5.5 Qualificação registral em imóvel certificado pelo Incra

Outra questão freqüentemente enviada ao "Irib Responde" refere-se ao trabalho georreferenciado que foi certificado pelo Incra, se tal documentação pode ou não ser alvo de qualificação registral. Muitos argumentam que, sendo um trabalho de agrimensura, de complexidade técnica extrema, somente os profissionais do Incra têm condições de analisar, cabendo ao registrador apenas constar do registro o que foi decidido pela autarquia federal.

Isso não é apenas um mito, isso é simplesmente o maior absurdo que poderia ser dito. Admitir que não tem formação técnica para analisar esses trabalhos quanto aos direitos reais constituídos pelo registro é assumir não estar preparado para cumprir a sua função registral. O registrador não é um arquivista, não é um carimbador, nem um bibliotecário. É um profissional do direito com o dever de garantir a segurança dos direitos reais constituídos na forma da lei. E, para isso, deve estar apto a analisar todo e qualquer documento que influencie na constituição desses direitos, nem que para isso tenha que se especializar em outras áreas ou contratar um profissional para auxiliá-lo.

Como já foi dito, a qualificação registral é uma função inafastável do registrador imobiliário. Ele não pode se negar a isso. Isso configura o crime de prevaricação, sem contar as conseqüências de ordem disciplinar e cíveis a que pode estar sujeito o registrador que não cumprir bem o seu papel de qualificador dos títulos levados a registro.

Caso o Incra certifique uma área que não pertença a quem se diz proprietário, haverá apenas uma falha. O Incra não tem a obrigação de saber, nem mesmo condições de saber quem é o proprietário, pois não tem ele o repertório registral.

A ele compete verificar apenas se o georreferenciamento está correto do ponto de vista técnico, se os vértices se sobrepõem ou não a outras áreas já certificadas. O Incra não tem como saber quem é proprietário da área. Tal declaração é de competência exclusiva do registrador imobiliário. Se for identificado algum erro no tocante à titularidade após o registro, a responsabilidade será somente do registrador, não podendo alegar eventual falha do Incra. E o registrador poderá sofrer sérias conseqüências, caso se comprove que o erro ocorreu por desídia na qualificação registral.

Certificação não garante titularidade. Isso está disposto em várias leis. Muitas dizem que CCIR não prova a titularidade bem como que é crime utilizar o CCIR para dizer que é dono. A missão do registrador é garantir a segurança jurídica.

5.6 Desmembramento de imóvel certificado pelo Incra

Com a certificação do Incra, o imóvel georreferenciado fica, a partir de então, livre para alienação. No entanto, para desmembramento, é necessária outra certificação. Cada nova linha, cada novo marco colocado no imóvel precisará de nova certificação do Incra. Assim, todo e qualquer projeto de sua mutação física (parcelamento ou unificação) deve ser alvo de nova certificação pelo Incra para possibilitar os atos registrais.

É a mesma situação que ocorre com desdobro de lote urbano, em que, para desmembrá-lo em dois novos lotes, deve o titular obter o alvará municipal. Havendo interesse em um novo desmembramento, outro alvará será necessário (com novas plantas, taxas, ônus). A única diferença é que esse "alvará" no Incra é chamado "certificação".

A certificação é essencial, pois é esse documento que comprova que os novos pontos georreferenciados não estão invadindo área alheia já georreferenciada. Isso está na legislação! Não depende da vontade do Incra, do Registro de Imóveis ou do proprietário.

Não se trata de mera renovação, mas de uma nova certificação, mesmo que o Incra opte em manter o mesmo número para todas as parcelas. Isso pode ocorrer no caso de o cadastro (CCIR) permanecer o mesmo; como na doação/desmembramento de glebas do pai para os filhos, continuando o imóvel primitivo como uma unidade econômica rural.

Toda e qualquer alteração da descrição tabular do imóvel "geocertificado", quer na correção de falhas (retificação da descrição) ou na mutação físico-jurídica do imóvel (parcelamento ou unificação), deve ser precedida da competente certificação do Incra. Dessa forma, cada alteração no imóvel certificado estará subordinado a uma nova análise e aprovação do Incra, para a expedição de nova certificação nos termos da legislação em vigor.

5.7 Imóvel certificado com área beneficiada pelo prazo

O imóvel rural beneficiado pelo prazo carencial do art. 10 do decreto regulamentador será georreferenciado se o seu titular assim desejar. Caso opte pela

retificação da descrição tabular de seu imóvel pela nova técnica, deverá antes obter a certificação do Incra.

Os prazos carenciais beneficiam apenas os imóveis não georreferenciados. Uma vez dentro do sistema, ficará a ele sempre subordinado. Caso contrário, um imóvel rural de 1.000 ha que após certificado é desmembrado em pequenas parcelas, resultaria em imóveis com área ainda beneficiada pelo prazo carencial. Prevalecendo esse entendimento, os novos imóveis estariam livres para novos parcelamentos sem o levantamento georreferenciado. E, com isso, restaria falido o programa do georreferenciamento.

Portanto, uma vez certificado pelo Incra, o imóvel rural, independentemente de seu tamanho, entra no sistema e não pode mais dele sair enquanto seu cadastro não for encerrado (no caso de ser abrangido pela zona urbana e perder a sua finalidade rural, por exemplo). Portanto, qualquer nova alteração na descrição tabular desse imóvel (retificação, parcelamento ou unificação) somente será possível mediante prévia certificação do Incra.

5.8 Casos mais complexos devem ser destinados à via judicial?

Não existe diferença de "poderes" entre juiz e registrador diante de um procedimento de retificação de registro (judicial e extrajudicial), pois ambos devem atuar nos exatos termos da lei, que é igual para todo mundo.

A decisão por um ou outro tipo de procedimento (permitida pelo art. 212 da LRP) é exclusiva do interessado, ou seja, trata-se de uma competência concorrente entre registrador e magistrado, cabendo àquele que foi eleito pelo particular dar a solução adequada ao caso.

Não há hipótese legal de retificação da descrição tabular do imóvel que possa ser feita pelo juiz e não possa ser feita pelo registrador. Tratando-se, por exemplo, de real acréscimo de área de longeva posse, nem o juiz poderá determinar a retificação, devendo extinguir o processo por falta de interesse de agir (inadequação da via eleita), pois ao interessado cabe apenas a ação de usucapião.

Além disso, tem o registrador melhores condições do que o magistrado de chegar a uma solução mais correta, pois o assunto é eminentemente técnico e o registrador dispõe de um excelente arquivo para comprovar a realidade jurídica dos fatos.

O registrador somente pode se declarar incompetente em um procedimento retificatório se houver conflito não solucionável pela via da transação, pois, nos casos em que há lide, a competência do Judiciário é absoluta.

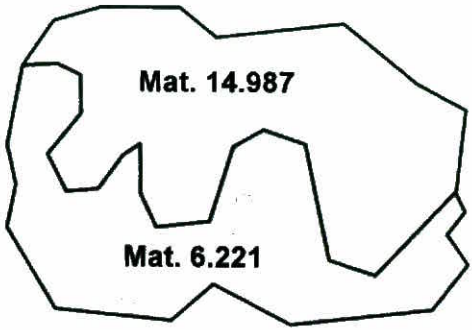
A recusa em protocolar um requerimento de retificação de registro imobiliário, induzindo o interessado a buscar a via judicial, configura falta funcional grave e o delito de prevaricação.

5.9 Retificação de uma pluralidade de matrículas

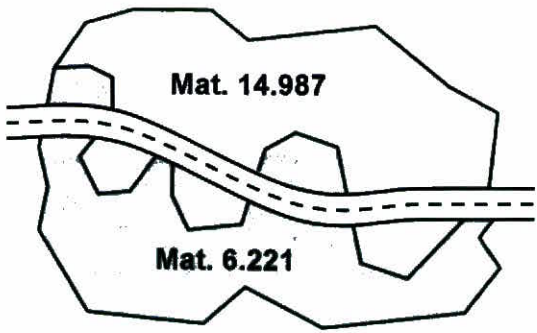
Nada impede que a retificação da descrição tabular do imóvel seja cumulada com o pedido de fusão de matrículas. Aliás, muitas vezes essa é a única forma viável para solucionar a questão.

Isso se justifica, pois, em alguns casos, essa fusão poderá resultar em número de imóveis mais numeroso do que se fossem mantidos os registros originais. É o que acontece na retificação conjunta de duas matrículas (cujos limites internos são desconhecidos, por terem sido apagados com o tempo) que foram interceptadas, por exemplo, por duas ou mais rodovias. De duas matrículas iniciais poderão surgir três ou mais novos imóveis dependendo da forma como o todo foi interceptado pela rodovia.

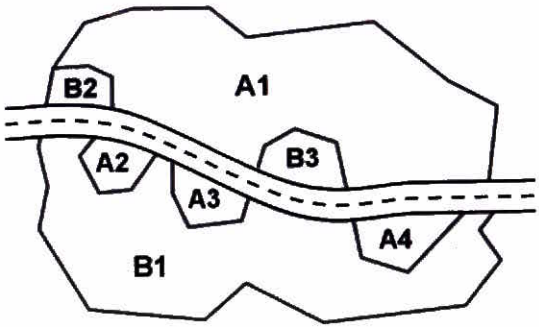
Segue uma demonstração que comprova que nem sempre a retificação separada por imóvel (matrícula) é viável:



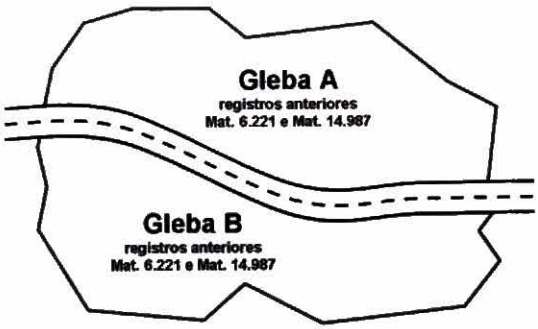
1. Situação jurídica e originária dos imóveis.



2. Situação jurídica e a realidade.



3. Retificação separada por matrículas.
(exigência sem propósito)



4. Retificação cumulada com fusão.
(exigência coerente)

Portanto, havendo segurança de que o levantamento abrange todos os títulos declarados (para evitar que nenhum tenha ficado de fora, produzindo efeitos sem qualquer lastro em área real), e que não esteja sendo incluída área não garantida pelos registros, basta abrir as novas matrículas e averbar, em cada uma das matrículas anteriores, o seu encerramento, nos seguintes termos:

Na Matrícula 14.987:

Av. 9/14.987 – Em decorrência da decisão fundamentada em procedimento extrajudicial de retificação da descrição tabular, processado nos termos do art. 213, II, da Lei dos Registros Públicos, o imóvel objeto desta matrícula e o de

matrícula 6.221 foram unificados e retificados, resultando nos imóveis de matrículas 25.234 e 25.235, motivo pelo qual fica encerrada a presente matrícula.

Na Matrícula 6.221:

Av. 12/6.221 – Em decorrência da decisão fundamentada em procedimento extrajudicial de retificação da descrição tabular, processado nos termos do art. 213, II, da Lei dos Registros Públicos, o imóvel objeto desta matrícula e o de matrícula 14.987 foram unificados e retificados, resultando nos imóveis de matrículas 25.234 e 25.235, motivo pelo qual fica encerrada a presente matrícula.

Nada impede a retificação conjunta de matrículas, principalmente se as divisas internas se apagaram com o tempo. Tratando-se de transcrições que representam um todo, certamente ninguém saberá dizer onde estariam essas antigas divisas. Exigir do engenheiro que minta é um despautério; exigir que ele arbitre é pura inutilidade. Portanto, nada melhor do que trabalhar com a realidade e com razoabilidade.

Não havendo dúvidas de que os títulos do requerente abrangem a área apresentada na planta, a qualificação positiva será a única e a melhor saída. Em suma, a decisão está inteiramente subordinada ao livre convencimento motivado do oficial registrador. E, para isso, a segurança jurídica, a prudência e a razoabilidade devem ser trabalhar juntas.

5.10 Inviabilidade da retificação e georreferenciamento

Para finalizar, eis aqui as únicas situações de mérito da descrição do imóvel que, se superadas, devem resultar na qualificação positiva do pedido de retificação.

Basta verificar se não houve a descaracterização da propriedade imobiliária. São apenas quatro as hipóteses que a descaracterizam e, portanto, são apenas essas análises a serem feitas:

a) a inclusão de área não titulada à área registrada: a anexação de parcela do imóvel vizinho adquirido sem a formalidade legal descaracteriza a propriedade imobiliária devendo ser qualificado negativamente pedido de retificação com tal propósito;

b) levantamento de parcela do imóvel de posse exclusiva do condômino: é a famosa "fração ideal localizada", situação de fato não amparada pela lei – ou se retifica todo o imóvel da matrícula ou o interessado ajuíza ação de extinção de condomínio ou de usucapião, caso comprove o seu interesse de agir;

c) várias matrículas numa única poligonal quando é inviável a sua fusão: é o caso, por exemplo, de alguém querer unificar inúmeras transcrições que representam a totalidade de seu individuado imóvel rural sem que todas essas transcrições estejam em seu nome (uma está em nome do avô, pendente de inventário, e outro ainda em nome do vendedor, falecido há décadas); e

d) inclusão de área pública no levantamento: as hipóteses são inúmeras, podendo ser uma estrada, um rio navegável, uma escola ou qualquer outro imóvel público, quer este esteja registrado em nome da fazenda pública ou não.

São apenas essas as hipóteses que o registrador deve analisar, o que, na verdade, não é nada simples e dá muito trabalho. Diante de qualquer uma dessas hipóteses, seja a retificação efetuada com ou sem georreferenciamento, havendo ou não anuência de todos os confrontantes, a decisão do registrador somente poderá ser uma: qualificação negativa da pretensão qualificatória.

6. A FUNÇÃO SOCIAL DO REGISTRADOR IMOBILIÁRIO

Os cinco importantes recados desta apresentação podem ser assim resumidos:

a) o princípio da segurança jurídica, pilar do registro imobiliário, é um princípio suprapositivo e, como tal, não pode ser revogado pela lei;

b) a qualificação registral é pressuposto da segurança jurídica e resulta no reconhecimento do princípio da independência do registrador;

c) só pode ser retificada a especialidade dos elementos do registro (especialidade objetiva, subjetiva ou do fato jurídico);

d) em seguida, desvendamos alguns mitos sobre a qualificação registral no procedimento retificatório, esclarecendo as principais dúvidas no tocante ao mérito; e

e) o quinto recado e último recado: a função social do registrador imobiliário, que será o mote do desfecho deste trabalho.

Cumprindo seu papel social de forma plena, prestando um serviço sério, de qualidade, eficiente e, sobretudo, verdadeiramente eficaz, o registro público imobiliário, que tem a missão precípua de garantir a segurança jurídica, colaborará sobremaneira para o desenvolvimento socioeconômico do País.

Todos nós temos condições de colaborar por um Brasil melhor. Amo a função de registrador imobiliário na qual milito há quatro anos e meio. Sinto-me realizado profissionalmente, pois sei que minha atuação faz a diferença. Temos como ajudar a população, temos como ajudar o Brasil a crescer. Basta que cada dê a sua contribuição, que é tratar bem o usuário no balcão, explicar como ele deve fazer para resolver seu caso, orientá-lo com atenção e ver o sorriso no rosto daquele que conseguiu alcançar a solução. Basta trabalhar com vontade, cada um na sua profissão, não importa se registrador, tabelião, juiz, advogado, estudante. Todos fazemos parte da sociedade (somos seres sociais por excelência) e todos dela dependemos para sobreviver (temos, portanto, uma dívida social a pagar). Se cada um de nós cumprir a sua parte, por pouco que seja, o nosso Brasil tem solução.

2

Retificação judicial de registro

MARCELO MARTINS BERTHE

Juiz Titular da 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo.

RESUMO: O autor analisa o novo procedimento de retificação do registro imobiliário introduzido pela Lei Federal 10.931/2004.

PALAVRAS-CHAVE: Retificação – Registro de Imóveis – Lei 10.931/2004.

ABSTRACT: The author analyzes the new procedure of rectification of the real estate registry introduced by the Federal Law 10.931/2004.

KEYWORDS: Rectification – Real Estate Registry – Law 10.931/2004.

Trabalhei na Vara de Registros Públicos no período de 1990 a 1994. Nessa época a retificação de registro imobiliário era feita somente na esfera judicial. Em 2004, já afastado da Corregedoria-Geral da Justiça, onde fiquei até 2000, sobreveio a Lei 10.931, que abriu caminho para que a retificação do registro imobiliário pudesse ser feita diretamente no Cartório de Registro de Imóveis.

Num primeiro momento, hei de confessar que fiquei com uma certa perplexidade diante de como aquilo tinha sido disposto. Hoje não. Desde logo antecipo que foi um passo bastante significativo no sentido de levar o Poder Judiciário para um caminho diferente, ficando reservadas ao Judiciário as matérias conflituosas e deixando para os órgãos auxiliares da justiça esses serviços técnicos e que podem ser mais bem prestados pelo registrador.

Mas, em um primeiro momento, fiquei especialmente preocupado com a segurança jurídica e também com o fato de que o registrador não está protegido pelas mesmas garantias da magistratura. O juiz decide e está protegido por suas garantias constitucionais. Enquanto o registrador, que é obrigado a decidir da mesma forma, não pode contar com essas garantias, podendo ser responsabilizado por eventuais atos que venha a praticar. O registrador decide e responde civil e administrativamente por seus atos, enquanto o juiz, além de ter sua independência jurídica, conta também com uma proteção constitucional.

Diante disso, ficava pensando o que poderia acontecer com o País a partir desse avanço possibilitado pela Lei 10.931, e que, à época, considerei quase que uma ousadia do legislador.

Isso também veio na esteira de outras modificações que estavam sendo feitas no sentido de transmitir para o órgão extrajudicial atividades próprias do Poder Judiciário, por exemplo, a alienação fiduciária como garantia (de bem imóvel) possibilitando a recuperação do crédito inteiramente na esfera extrajudicial, e, mais recentemente, a Lei 11.441, que possibilitou ao notário a lavratura de escritura de separação e divórcio consensuais, partilha e inventário.

Com a modificação, o art. 212 passou a dizer que, se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, a retificação será feita pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, por meio do procedimento administrativo previsto no art. 213, facultado ao interessado requerer a retificação por meio de procedimento judicial.

E no parágrafo único do art. 212 afirma que a opção pelo procedimento administrativo assim como previsto não exclui a prestação jurisdicional, a requerimento da parte prejudicada.

Quanto ao parágrafo único, no meu modo de ver, houve uma inversão de raciocínio. Antes, se fazia a retificação pensando em corrigir erros, tendo em vista que o erro é o pressuposto da retificação. Não há como retificar se não houver erro, se não houver uma omissão, uma imprecisão ou se o registro não exprimir a verdade. Isso me parece o principal, quer dizer, o registro deve exprimir a verdade.

De outro lado, o procedimento criado permitiu que a retificação pudesse ser feita apenas com a apresentação de um memorial assinado por profissional com responsabilidade técnica e com a concordância dos confrontantes, invertendo o raciocínio. Dizendo que, se houver prejuízo, se o memorial não refletir a verdade, os responsáveis responderão perante os prejudicados. Ou seja, reserva aos prejudicados a prestação jurisdicional.

Na verdade, não precisava a lei ter dito isso porque decorre do próprio princípio constitucional da universalidade da jurisdição. Evidentemente, a parte prejudicada sempre terá ação para corrigir o prejuízo que sofreu.

No entanto, visou-se dar maior celeridade aos processos de retificação. Não obstante haja a possibilidade de se proceder à retificação na esfera administrativa, portanto, a via judicial não foi afastada.

A lei manteve mais ou menos parecido o procedimento que já se fazia na esfera judicial, dividindo essa matéria em dois incisos. O primeiro deles se refere quase que à antiga retificação unilateral, quando não havia necessidade de a parte contrária ser ouvida.

Nesse caso, a lei permite que o oficial proceda ao registro, ou à averbação, de ofício ou a requerimento do interessado. Ou seja, até de ofício pode fazer nesses vários casos.

Posso dizer porque trabalhei na vara (de registros públicos) ao tempo em que a lei cuidava do antigo erro evidente, quando o registrador podia corrigir de ofício esses erros do registro. Naquela época, entendeu-se por bem proferir uma decisão normativa ampliando o conceito que se tinha do erro evidente, uma vez que não se sabia ao certo, porque a lei não explicitava, o que se entendia por esse tipo de erro.

Hoje, vejo que aquela decisão (da lavra do então Juiz Titular da Vara de Registros Públicos e hoje Desembargador Kioitsi Chicuta) está praticamente colocada na lei. Aquilo que se ampliou, para que fosse compreendido no conceito de erro evidente, acabou acolhido pela lei atual, com algumas observações que precisam ser feitas.

A letra *d* do art. 213, I, parece ser um pouco ousada quando diz que o oficial poderá retificar de ofício, ou a requerimento da parte, no caso que vise a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georreferenciadas, desde que não haja alteração das medidas perimetrais.

Ou seja, a lei trouxe hipótese em que a mudança dos ângulos de deflexão pode mudar completamente o corpo do imóvel, embora as medidas perimetrais permaneçam as mesmas. Não me parece razoável que se faça a retificação de ofício, ou a requerimento da parte, sem ouvir a parte contrária nesses casos, porque haveria potencial prejuízo a terceiro.

O problema de ser feita a retificação pela forma bilateral ou unilateral está precisamente no fato de existir ou não potencial prejuízo a terceiro. É claro que para esses casos em que há possibilidade de um terceiro sair prejudicado, o art. 212 da lei defere a quem se sentir prejudicado buscar a prestação jurisdicional. Tenho para mim, porém, que não se precisa chegar a esse ponto, isto é, de se permitir uma retificação desse tipo, sem que sejam ouvidos os demais interessados, quando a base imobiliária pode ficar completamente diferente com a retificação.

Quanto às outras hipóteses, me parecem mais aceitáveis. No entanto, também merecem algumas observações. No inc. II do art. 213, exige-se que, na retificação consensual, haja concordância de todos os confrontantes (entendendo-se como confrontantes não só os titulares de domínio, mas também ocupantes de imóveis vizinhos), mais a planta assinada por profissional. Quanto ao procedimento, diz o § 1.º que, preenchidos esses requisitos, o oficial averbará a retificação.

Não se pode determinar a averbação simplesmente porque o requerimento veio acompanhado de planta assinada por um profissional habilitado e com a concordância dos confrontantes. Não podemos nos esquecer que o problema da retificação é a existência do erro, isto é, não há possibilidade de se determinar uma averbação de retificação apenas diante da concordância dos interessados. E se o memorial estiver equivocado? Isso ofenderia direito indisponível porque a retificação é relativa ao registro que será alterado. Não se trata apenas da propriedade privada, mas a questão maior está na publicidade registral que se dará àquela retificação quando ela ingressar por averbação no registro.

Portanto, acredito que se deve agir com cautela em relação à planta que está sendo apresentada e ser feito um exame mais cuidadoso dos imóveis contíguos. Tudo isso, assim como cabe ao registrador na esfera administrativa, também cabe ao juiz determinar essa providência, quando se tratar de retificação judicial. Quando necessário, inclusive, determinando a realização de perícia.

Diz a lei que, pela mesma forma, se fará a apuração de remanescente.

O procedimento é simples. Trata-se de um pedido acompanhado da planta. Quando não há assinatura dos confrontantes se fará a notificação dos confron-

tantes, podendo valer-se do oficial de títulos e documentos. O juiz manda fazer por oficial de justiça ou por carta.

O que acontece é que, conforme lembra a lei, pode haver uma impugnação fundamentada. E essa é uma questão que traz uma discussão enorme, ou seja, o que se pode ter por "fundamentada" quando se trata de impugnação?

No meu modo de ver, não podemos considerar fundamentada uma impugnação quando uma das partes simplesmente se opõe à retificação.

A impugnação fundamentada há de ser voltada para a própria pretensão de retificar. Aquela impugnação que não concorda com a medida, com o ângulo de deflexão; não concorda com a área de superfície. Enfim a parte afirma que, em se fazendo daquela forma, haverá interferência no seu imóvel contíguo. Aí sim a questão é de ser reconhecida como fundamentada.

Nesse caso, não restará alternativa ao juiz se não extinguir o processo de retificação, remetendo as partes às vias ordinárias. Isso porque no processo de retificação não se admite lide, o feito é de jurisdição voluntária, pelo menos quanto à retificação judicial bilateral. Sendo assim, a sentença que decide a matéria não tem força de coisa julgada material, mas só formal, isto é, a sentença proferida não teria força para decidir essa questão referente aos lindes do imóvel, o que reforça a necessidade de remeter as partes às vias ordinárias para que possam resolver essa questão.

Na esfera judicial, também se pode fazer – e nesse sentido há casos em que só na esfera judicial é possível – a retificação da especialidade subjetiva, ou seja, dos elementos que especializem o sujeito do direito inscrito no registro de imóveis.

Se, por exemplo, for quanto à sua qualificação, se não for possível ao registrador fazer a averbação na base de documentos próprios que permitam incluir, por exemplo, o RG ou CPF, necessariamente deverá ser feita, quando dependendo de provas, perante o juiz corregedor permanente.

Portanto, essas retificações poderiam ser tanto da especialidade subjetiva, naqueles casos, quanto da especialidade objetiva, ou seja, corrigir a descrição do corpo do imóvel em si.

Desse modo, é possível perceber que a retificação judicial continua existindo.

Ainda temos recebido muitas ações de retificação na Vara de Registros Públicos, às vezes, elas se tornam mais complexas, demandando uma perícia ou um exame mais aprofundado, especialmente quando se trata de uma apuração de remanescente, isto é, quando um imóvel tenha sofrido um desfalque de área; parte do imóvel tenha sido, por exemplo, desapropriada, restando então um remanescente mal descrito. Isso, tendo em vista que já na origem não havia uma descrição perfeita.

Sabemos que a desapropriação é uma forma originária de aquisição domínio, assim, o poder público descreve a parte expropriada dando origem a uma nova unidade imobiliária. Mas aquela que remanesceu ficou com seu corpo indeterminado.

Nem sempre é possível fazer um levantamento dessa área com uma simples retificação, sem um maior cuidado ou sem uma perícia, por exemplo. Por isso, muitas vezes acaba-se buscando a via judicial para resolver isso.

Há muitas hipóteses que permitem a retificação em juízo, por exemplo, a retificação de uma unificação que não foi feita corretamente. Tenho caso em que o registro de imóveis fez uma unificação, e, uma vez feita, se verificou que a unificação ofendeu lei municipal que proibia a inclusão de certas matrículas referentes a unidades imobiliárias que integravam uma vila. Há uma lei municipal que diz que os imóveis de vila só podem ser unificados com os imóveis da mesma vila. Isso justamente para preservar a idéia de vila.

Uma vez que o registro de imóveis fez a unificação dessas matrículas com outras de unidades imobiliárias estranhas à vila, é necessária a retificação da unificação para que se proceda a uma unificação diferente em que apenas os imóveis da vila sejam unificados entre si. O registrador, agora, não pode mais cancelar o ato que fez para corrigir o equívoco.

Há muitas questões que surgem e que acabam reclamando, de forma indispensável, a intervenção judicial. No entanto, no que se refere à passagem desse instituto ao registrador, me parece um avanço bastante importante. Na maioria dos casos, isso possibilitou a celeridade do resultado dos processos. E essa é a principal intenção.

A minha única preocupação é que se faça com cuidado para ofender a segurança jurídica que o registro de imóveis deve garantir. De outro lado, o registrador deve ter essa preocupação também porque, como disse, diferentemente do juiz, ele acaba sendo responsabilizado por aquilo que fizer contra o que a lei permite, embora a lei seja bastante facilitadora ao permitir a retificação com a simples concordância dos confrontantes e apresentação da planta. Apesar disso, me parece perigoso não se cercar o registrador de todas as cautelas.

Tenho percebido entre alguns registradores uma certa preocupação em fazer cumprir a lei em sua literalidade. Não obstante a facilidade legal, eles têm se preocupado com a segurança acima de tudo, justamente por se tratar de um princípio que está subjacente a todas essas normas.

Existe, ainda, uma outra retificação que vem a juízo quando há impugnação fundamentada apresentada ao registrador. Ou seja, diz o § 6.º do art. 213 que havendo impugnação e se as partes não tiverem formalizado transação amigável para solucioná-la, o oficial remeterá o processo ao juiz competente, que decidirá de plano ou após instrução sumária, salvo se a controvérsia versar sobre o direito de propriedade de alguma das partes, hipótese em que remeterá o interessado para as vias ordinárias.

Esse dispositivo também me parece estranho. Não consigo compreender. Tendo como pressuposto da retificação o erro, como as partes podem então transigir a respeito do erro? Isso teria que ser entendido de forma sistemática, em conjunto com o § 9.º, II, do art. 213, que diz que, independentemente de retificação, dois ou mais confrontantes poderão, por meio de escritura pública, alterar ou estabelecer as divisas entre si e, se houver transferência de área, com o recolhimento do devido imposto de transmissão e desde que preservadas, se

rural o imóvel, a fração mínima de parcelamento e, quando urbano, a legislação urbanística.

Ou seja, o erro está estabelecido, mas as partes querem transigir a respeito disso. Pode acontecer de se decidir pela transferência de certa parte do domínio de um para o outro e, neste caso, não se tratará de retificação, mas de alteração de divisas por meio de transmissão de domínio. Nesse caso, a legislação de parcelamento do solo tem de ser observada, além de, eventualmente, ser necessário o pagamento de ITBI, sendo como também eventualmente a escritura pública. E no conceito de Serpa Lopes, a escritura pública pode ser compreendida tanto como aquela de natureza notarial como aquela de natureza judicial.

Isso, porém, não é retificação. No meu modo de ver, isso não significa corrigir erros, mas sim um ajustamento entre as partes da nova divisa, enfim, dirimindo um conflito que futuramente possa existir a respeito da divisa do imóvel.

Nesse caso, se não houver acordo entre as partes, o processo será remetido ao juiz. Essa seria uma outra hipótese em que a retificação passaria para o âmbito judicial na medida em que o registrador, recebendo a impugnação fundamentada, e não havendo acordo entre as partes, houvesse de remeter o processo a juízo.

Desse modo, ao juiz resta muito pouco a fazer quando recebe um processo como esse, salvo se ele entender que a impugnação trazida não é fundamentada. Poderá ocorrer de, embora tenha sido entendida pelo registrador como fundamentada, o juiz afastar a impugnação e decidir o feito. De resto, as partes deverão ser remetidas pelo juiz às vias ordinárias, assim como já mencionado.

Essas são as principais hipóteses em que ainda tem cabimento a retificação judicial.

3

Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis

RICARDO DIP

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Acadêmico da Real de Jurisprudência e Legislação de Madrid.

RESUMO: O autor investiga o procedimento de dúvida registrária, em sua formatação e requisitos atuais, bem como os aspectos controvertidos que estão a merecer novas reflexões.

PALAVRAS-CHAVE: Registro de imóveis – Procedimento de dúvida.

ABSTRACT: The author investigates the procedure of registering doubt in its format and current requirements as well as the controverted aspects which are to deserve new reflections.

KEYWORDS: Real estate registry – Procedure of doubt.

1. Temeroso de que alguém me pregasse algumas tachas, ao ver-me os olhos, de agoureiro, voltados ao alto, ou de bandarra, cravados aos pés, que são coisas todas de adivinhação, começo por aqui confessar o cuidado que tive de, antes de proferir palavra sobre nosso tema – *Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis* –, afastar-me da adivinhança defesa na *Sétima Partida* de Alfonso X, o Sábio: "Adivinanza tanto queire decir como querer tomar el poder de Dios para saber las cosas que están por venir".

Não adivinho um iota das coisas que estão por vir. E é também – embora não só – por isso que tenho dúvidas sobre o que será o amanhã da dúvida registral.

Noticiar-lhes essas dúvidas não me obriga tomar partido por seu futuro.

2. Passo logo ao nosso assunto. Quando imaginamos o que seja *dúvida* temos de conviver com o fato de esse termo, assim me parece, ser *equívoco*, isto é, um termo que designa, com uma só palavra, diversos e desconexos sujeitos. Por exemplo, são equívocos os termos "cravo", "manga", "macaco", último dos quais, segundo minha provada experiência (infligida num quadro de incontornáveis deveres do cristianismo cavalheiresco), descubro comumente limitado, na órbita do conhecimento feminil, pronto de todo a ignorar que, dentro na mais de vintena de acepções da palavra "macaco", uma delas a incluir os primatas que o fideísmo darwinista persevera em crer por origem da espécie humana, é esse

também, "macaco", o nome com que se designa aquele aparato, das mulheres tão por freqüência estranho (*accidenti! la mia moglie, mie tre figlie* (...)), destinado a levantar automóveis a uma ligeira altura.

Deixemos isso por agora. A acepção mais comum de *dúvida* é a de *estar ela* num domínio cognoscente ou volitivo, vale dizer, é *hesitar*, *não resolver*, *vacilar*. Ter dúvida é ter uma indeterminação intelectiva ou da vontade, e o termo estende-se pronto a uma indeterminação sensória ou afetiva que fez já o êxito do desfolhamento do malmequer. Isso, a seu tempo, era ingênuo, romântico, patético talvez... hoje cai no espectro dos maltratos ecológicos. Que escreveria agora o grande Pitigrilli, se a ditadura da "correção política" não permitir à Liana, "a menina de cabelos tão vermelhos e luminosos", *la figliola* do Professor Pisani, se não lhe mais se conceder, para que possa negar de todo seja o amor um pequeno experimento de química, que ela confie aspirações às estrelas e desfolhe malmequeres?

No nosso caso, porém, interessa pensar centradamente na indeterminação intelectual, na suspensão de assentimento, ou seja, no quadro de uma situação da inteligência em que não concluímos se a verdade está em um determinado juízo ou em outro e seu contraditório, contrário ou subcontrário juízo. Isso é *estar em dúvida* do que julgar a respeito de um dado suposto de atribuição de predicável.

3. Essa acepção primeira e comum da *dúvida* não é absolutamente estranha ao significado da *dúvida registral*. Há mesmo um episódio com que me dei conta dessa realíssima conjugação da dúvida gnosiológica e da dúvida registrária: na década de 80, resolvi apurar quantas dúvidas suscitavam os vários registradores prediais da Capital de São Paulo, e, para minha alguma surpresa, nos três anos anteriores à pesquisa nenhuma dúvida havia sido suscitada por um dos Registradores. Dele indaguei por que não havia suscitado dúvida alguma nesse tempo. Ele respondeu-me, sem ocultar (o que hoje penso ter sido afetado e irônico) espanto com minha pergunta, que não desfiara dúvida nenhuma porque nunca persistia em dúvida do que decidir e fazer em matéria de registro. Apenas talvez fosse uma sua forma de gestão paciente das tarefas do Registro. Já não vem ao caso.

4. De modo específico, a *dúvida registral* abarca ao menos *três acepções*, em parte diversas entre si, a pôr à mostra que seu significado se afasta bastante – ainda que não *simpliciter* – do significado comum da palavra *dúvida*, *i.e.*, da acepção trivial que corresponde ao sentido epistêmico e também etimológico de *dúvida*.

A *dúvida* em sentido registral não é hesitação. Ao contrário, é, por primeiro, um juízo firme e concludente de uma qualificação registrária negativa. Em resumo, a dúvida é aí o próprio juízo do registrador, equivale a dizer, o fato de ele decidir, em forma de proposição judicativa, que *não* registrará determinado título.

5. Uma segunda acepção de dúvida registral assenta em que o juízo registrário é concludente e verdadeiro *porque* resulta de premissas materialmente verdadeiras e de argumentação formalmente correta. O discurso do saber próprio do registrador, embora isso não se aviste com facilidade, é um silogismo complexo, um epiquirema, em que, como se sabe, as premissas são acompanhadas de fundamentação. O registrador, pois, articula um *silogismo prudencial* – com determinadas premissas que se podem compendiar, em caso de qualificação registral negativa, nos motivos pelos quais ele conclui que não se registre determinado título. Daí que essas premissas sejam também designadas pela palavra *dúvida*, ou, mais adequadamente: os motivos expressos nessas premissas é que correspondem ao termo *dúvida*.

6. Também e por fim denomina-se dúvida registrária o procedimento recursal contra o juízo negativo do registrador. Três esses sentidos, portanto:

a) o juízo registral conseqüente de negação de um dado registro;

b) os vários juízos – ou melhor, a fundamentação dos vários juízos –, que integram o antecedente do silogismo prudencial-registrário; e

c) o procedimento recursal que se inicia sobre o suporte da qualificação negativa do registro de um título.

7. Desde 1988, tem-se destacado na doutrina registral brasileira o entendimento de que o saber próprio do registrador está voltado ao *agir*. É, pois, um saber prudencial, quer dizer *o modo de agir concretamente em determinada situação*. O saber do registrador é prudencial porque está voltado a um bem, qual seja a segurança jurídica, que é, por assim dizer, a face indissociável da justiça. De tal sorte que uma coisa justa também tem de ser segura, e uma coisa verdadeiramente segura tem de ser justa.

Todos até certo ponto compreendemos muito bem isso tudo. Trata-se de um saber destinado ao que é seguro, objetivamente, ou ao que é certo, na perspectiva da apreensão intelectual da *res certa*, e esse *certo* representa um determinado molde da *res iusta*, ou seja, uma *res justa* mais freqüente. Hoje se diria "uma *res justa* estatística", a coisa justa *secundum quod plerumque accidit*.

Por outro lado, isto é uma afirmação que se vem entre nós desfiando há mais de uma década: *não é possível alguém exercitar prudência sem liberdade*, é dizer: sem que o agente seja livre em sua decisão. Porque a prudência é consciência da situação – são palavras de Pieper –, tanto quando a sindérese é consciência dos princípios.

A decisão do homem prudente é sempre a decisão de um homem livre. Ou seja, quem exercita a prudência jurídica, aquele de quem se exige agir com prudência jurídica, dele se supõe que seja livre juridicamente, equivale a dizer, independente numa dada ordem jurídica. Esse é o princípio jurídico supremo no direito registral, no sentido de que o registrador é um jurista ou, como hoje se diz, um operador jurídico *independente em sua ordem*. Do contrário, ele não pode agir o conhecimento prudente, sequer no plano da qualificação registrária.

8. O conceito de qualificação registral é antigo, qual seja o juízo prudencial, negativo ou positivo, da potência de um título em ordem a sua inscrição imobiliária. O que aí se faz é *julgar* da aptidão de um dado título, *hic et nunc*, para ser inscrito; decide-se se o título tem idoneidade para ser singular e concretamente registrado, e *impera-se* o ato que corresponda: *não há juízo prudencial sem império*, para o caso o registro ou o não-registro de um título.

Não se trata de um juízo meramente acadêmico: se se pode ou não registrar um título, mas um juízo que se conclui pelo império de que ele se registra ou não se registra. Lembremo-nos, a propósito, de que Aristóteles afirmava ser a prudência uma virtude dos velhos, porque a experiência da liberdade – a liberdade do bem agir – desenvolve o saber prudencial.

Do ponto de vista intelectivo, a prudência exercita-se mediante uma argumentação discursiva, fala-se aí um tanto elasticamente em "silogismo prudencial", e os atos prudentes pressupõem a liberdade de agir do sujeito cognoscente, daquele que conhece. Sem liberdade jurídica não há argumentação prudencial, não há império da prudência jurídica.

Bem por isso, a qualificação registrária, que se avista na culminância do juízo da prudência, é pessoal, isto é, ato próprio do registrador, e indelegável. Pode auxiliar-se por prepostos ou por juristas que consulte, mas a decisão final é sempre de cariz pessoal. Há nela, até mesmo, não raro mais visível nos casos-limite, um momento que tem por *personalíssimo*, e os registradores bem sabem do que se trata: determinadas situações há em que a complexidade é tamanha, que os não conforta de todo a circunstância de aconselhá-los algum colega de ofício ou um consultor jurídico, porque sentem fundo o caráter pessoal de sua decisão. O registrador sente aí mais de cerca o peso da pessoalidade decisória, a carga da liberdade e da responsabilidade de consentir numa ordem. Só Deus, só Deus pode superar a solidão egótica a que alguém se tenta desolar nesse quarto de hora. Eis o quadro de um ato próprio e personalíssimo e, por isso mesmo, indelegável.

9. Para que haja a dúvida registrária, em qualquer de suas acepções, é preciso que haja a *recusa* concreta de um registro. Na prática, o interessado em um registro apresenta o título objeto para a qualificação pelo registrador, que deve atuar dentro dos limites de seu conhecimento. O registrador não é um juiz, *i.e.*, não possui jurisdição; antes, o registrador julga exatamente no plano demarcado do que se encontra "dentro" da tábula registral e do título em pauta. Ele também não faz "pesquisas de campo" porque isso significaria atraiçoar a função do registrador – cujo mundo, de que tem a incumbência de custodiar, é o de uma publicidade limitada. A conservação desse mundo não se pode perverter pela busca do contraste com o que lhe ficou à margem. Quando se queira retificar a realidade íntima desse mundo, cumpre que em suas fronteiras ingresse o fato confrontável.

Aparentemente, há nesse âmbito uma única exceção legal, entre nós, e que diz respeito à retificação de registro, ao permitir a lei – e a meu ver imprudentemente – alguma diligência extracartorária. No mais, é incorreta qualquer idéia de que o registrador possa fazer "pesquisas de campo". "Pesquisas de campo"

que significam não só a excursão real do próprio registrador aventurando-se para fora de seu mundo registral, o mundo por cuja conservação ele é vocacionado a responder, mas também o excurso virtual, a pesquisa por meio da informática. Essas demasias desnaturam a função do registrador, que, propriamente, não é investigador nem despachante, sequer no interesse de órgãos estatais, exatamente porque não se pode partializar nem se parcializar se sua missão é a garantia do mundo do registro.

O segundo dos requisitos da dúvida registrária é a rogação do apresentante do título, sua instância. O registrador age poucas vezes de ofício. De certo modo, não há função jurídica mais próxima da do juiz do que a atuação do registrador. O registrador e o notário fazem parte de algo que Monasterio Galli designou "Magistratura da Paz Jurídica", enquanto a função do juiz poderia ser chamada de "Magistratura da Guerra Jurídica", aqueles, previnem, os juízes remedeiam, reparam, reprovam, reprimem; notários e registradores *concertam*, juízes, *consertam*. Mas o registrador está mais próximo do juiz do que o notário, porque tem este uma função de *cavere* e de aconselhamento que nem o juiz e nem o registrador têm. Da mesma forma que o juiz, de comum, não age de ofício, o registrador tampouco. *Agir de ofício* implicaria, muitas vezes, dois riscos, o da perda do equilíbrio entre as partes e o de parcialidade, para não dizer mesmo o de ser *partial*, isto é, o registrador se tornaria parte e deixaria de ser um registrador dotado do predicado de imparcialidade. Por isso, são pouquíssimas as exceções que se abrem para a atividade oficial do registrador.

10. A dúvida registrária possui duas etapas iniciais: uma etapa antejudicial, exercitada, portanto, de maneira extrajudiciária, e, a seguir, um estádio judiciário.

Observo, de saída, que faz parte de uma tradição paulista a admissão da chamada *dúvida inversa*, contra a qual tenho e sempre tive conhecidas restrições. O Des. Dínio de Santis Garcia, meu saudoso amigo e genial jurista, que foi Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo votava pelo não-conhecimento das dúvidas inversas com o entendimento de que as entidades e órgãos administrativos devem respeito ao princípio da legalidade. Ora, a ordem normativa não contempla a dúvida inversa, daí a razão pela qual o procedimento de dúvida é esse só o que está inscrito em lei, e cujos contornos, a meu ver, não devem desbordar designadamente porque a dúvida é um procedimento de caráter administrativo que, por assim moldado à legalidade estrita, é insuscetível de afetar-se de recursos analógicos que o estendam em detrimento do caráter *formal* do segmento jurídico a que responde. Se se acredita vantajosa a extração de garantias de um direito formal, não é possível informalizá-lo, deformá-lo, torná-lo uma contraforma.

Os passos antejudiciários da dúvida registral começam pelo requerimento de suscitação que o apresentante oferece ao registrador, observando-se, pois, o princípio de rogação ou instância. Ao apresentante do título intima-se a qualificação negativa correspondente, e recebe ele uma nota devolutiva para cientificar-se dos motivos pelos quais o título não se registrará. Não se contentando com isso, requererá a suscitação da dúvida, requerimento que apresenta ao registrador,

e não ao órgão judiciário. O registrador, em seguida, anotará o requerimento da dúvida no Livro de Protocolo – Livro 1 – e depois textualizará os motivos pelos quais não deferiu o pleito registrário, dando ciência ao apresentante dos termos da recusa, rematando-se essa etapa procedimento com a devolução – dos documentos e do dissídio registral – para a esfera do Judiciário. Tem-se o *efeito devolutivo* da dúvida.

A partir daí inaugura-se o estágio judicial do procedimento. A dúvida é processada perante o juízo competente que, na Capital de São Paulo, é da 1.ª Vara de Registros Públicos. Há prazo para a impugnação, vista dos autos ao Ministério Público, eventuais diligências, *de caráter documentário*, para melhor provimento, e, no fim e ao cabo, vê-se que o juiz da dúvida só tem um pouco mais de elasticidade de conhecimento dessa dúvida do que o registrador. Com efeito, a norma do art. 198 da Lei de Registros Públicos permite ao juiz, e não o permite ao registrador, dispensar exigências que sejam de cumprimento impossível. Ninguém é obrigado ao impossível – *ad impossibilia nemo tenetur*. Essa impossibilidade é, contudo, a de caráter *absoluto*. Imagine-se um exemplo que, por sua extremidade, acredito de emergência impropícia: uma mulher com 90 anos (realmente) de idade, viúva, assina uma escritura, vendendo determinado imóvel; no mesmo dia duas coisas e fatídicas ocorrem: o tabelião extraiu uma cópia xerográfica da escritura e guardou-a no bolso de seu reluzente paletó, mas não entregou o traslado, uma certidão, enfim, coisa nenhuma, nada de nada ao comprador. Mas ainda nesse dia, não só morre a tal mulher de, realmente, 90 anos, e um incêndio destruiu o cartório, o traslado e a certidão da escritura inclusos, desta sobrando exclusivamente, no brilhoso paletó do nosso notário, a cópia xerográfica que ali se metera sabe Deus por quê. *Cópia não se registra*. Ao recebê-la do apresentante, o registrador diz que não é possível o registro. O comprador embasbaca-se: a vendedora, a dos 90 anos reais, morreu, muito embora o tabelião possa dizer que o imóvel fora vendido por ela. O registrador, contudo, simplesmente diz que sem o traslado ou a certidão o registro perseguido não é possível. Nessas circunstâncias há uma *impossibilidade absoluta* de atendimento das exigências registrais que, a teor da norma do art. 198 da Lei de Registros Públicos, autoriza o juiz a ir além daquilo que pode atuar o registrador. Observo que essa é a hipótese legal estrita em que o juiz pode superar as exigências normativas para a registração, porque os juízes somos educados ao longo da vida por uma experiência que nos recomenda não denegar justiça. Por isso, sempre que se dê ocasião, para bem realizar a tarefa de distribuir o justo, decidimos segundo a eqüidade, incluso a corretiva. Em matéria de registro, não se trata de buscar o justo em toda sua extensão, mas sim de buscar e garantir a segurança jurídica. O juiz da dúvida registral é o juiz dos registros, é um juiz da justiça administrativa, e não um juiz jurisdicional. Por isso está fortemente limitado pela legalidade estrita. Os juízes não nos sentimos cômodos nessa situação limitada, diante sempre de algo que nos parece espartilhar, ao não podermos decidir além daquilo que está presente no registro e no título.

Na mesma esteira, convém recordar que a dúvida é um procedimento *documentário*. Com um título pré-constituído. Não há, nesse procedimento, lugar para diligências periciais, para retificar registros, para aferir usucapião, para verificar possessões. Não se ouvem testemunhas. Não se colhe depoimento

pessoal. As fronteiras de seu mundo estão entre o título e o registro. O título com todos os seus acessórios e o registro existente salvam a impossibilidade absoluta de satisfação das exigências registrais.

11. Neste ponto situo o começo da breve discussão sobre problemas acerca do futuro da dúvida.

A Legística de nossos tempos tem seus avatares, mas a Lei de Registros Públicos é de 1973, ao tempo em que ainda não havia essa figura notável que Paulo Ferreira da Cunha me referia ser o *quinto secretário*, isto é, quem redige os textos legais e quem, por essa razão, detém a chave numinosa de *l'esprit des lois*. Entre nós, meu saudoso amigo Volney Corrêa de Moraes descobriu a figura admirável da *Ritinha*, essa constante e incorrigível digitadora pública de todos os erros textualísticos, que se suspeita seja também o oráculo de muitos intérpretes de acepções contralegais: o segredo de *l'esprit de Ritinha*.

O fato, em resumo, é que nossa Lei de Registros Públicos previu o recurso de *apelação* – recurso inscrito na sistemática processual (arts. 496 et seq., do CPC) – para a esfera do procedimento administrativo, que é expressamente atribuído à dúvida registrária: "A decisão da dúvida tem natureza administrativa e não impede o uso do processo contencioso competente" (art. 204, Lei 6.015, de 31.12.1973).

Ao prever a admissibilidade da apelação no procedimento da dúvida sem, nesse âmbito, disciplinar um processamento singular, a lei remete a matéria para o domínio do Código de Processo Civil. Se, pois, não há, com essa previsão do recurso de apelo, uma *processualização* da natureza *administrativa* da dúvida, há, contudo, *quanto ao rito*, uma interferência que atua como fator não-isento de complicações.

Por exemplo, figure-se a questão da competência. A regulativa do Estado de São Paulo adotou, a propósito, uma solução competencial *administrativa*. Convenhamos que, resposta já tradicional embora, não se imuniza da crítica de ser remédio eclético: o Conselho Superior da Magistratura paulista, é quem, órgão judicial-administrativo embora, aprecia e decide as *apelações* do procedimento de dúvida. Mas se essa apelação – recurso costumeiramente próprio para o espectro da jurisdição, contenciosa ou voluntária – é, em São Paulo, atribuído a julgamento de colegiado administrativo, o problema, em outros Estados da Federação brasileiro, não se solve comodamente ao estabelecer-se a competência de *câmaras jurisdicionais*, porque então se verifica que um colégio com jurisdição aprecia e decide matéria não-jurisdicional.

Ora, a norma do art. 204 de nossa Lei de Registros Públicos diz com todas as letras que a decisão da dúvida tem caráter administrativo: "A decisão da dúvida tem natureza administrativa (...)". Não se está aqui a propor a ingênua recuperação da *doutrina do senso claro das leis*, mas é de admitir pouco provável que se possa dizer, numa recolha de sentido contratextual, a dúvida, hoje, entre nós, ostente *caráter jurisdicional*, embora não falte quem o sustente aqui e ali. Como quer que seja, do ponto de vista autorizativo, essa matéria está solvida pelos Tribunais superiores que têm reconhecido com larga margem de predominância a natureza *administrativa* da dúvida.

Com a solução paulista, entretanto, avulta outro complicador em matéria competencial, porque dois órgãos administrativos – o Conselho Superior da Magistratura e a Corregedoria Geral da Justiça – imbricam-se nas soluções registrárias. Há nisso uma *aparência de bifrontismo* porque parte das decisões da área de registros se eleva ao conhecimento do Corregedor-Geral da Justiça, assim os procedimentos administrativos comuns, ao passo que os recursos de dúvidas se elevam à apreciação e decisão do Conselho Superior da Magistratura, órgão colegiado integrado pelo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, por seu Vice-Presidente e pelo Corregedor-Geral da Justiça, relator nato desses recursos. A prática desse aparente bifrontismo já mostrou que decisões do Conselho Superior da Magistratura se opuseram às decisões do Corregedor, às vezes, a aclimação de soluções, como é própria dos julgamentos de casos, acarreta, não só ao registrador, mas também a toda a comunidade que freqüenta o direito registral imobiliário, a consideração de um *pluricentrismo* decisório na Administração dos registros, isto é, a presença de duas autoridades *superiores* no plano administrativo. Calha que a idéia de *soberania* relativa a uma só e mesma ordem de submetimento é incompaginável com a de *dúplice* senhorio superior. Já se lia, de fato, em Suárez, a lição de que um poder se diz, em linguagem de hoje, "soberano", quando esse poder não reconhece outro superior a ele – *superiorem non cognoscit* –, e Juan Vázquez de Mella, indagando-se ¿en dónde reside la soberanía?, respondeu na mesma linha: "Donde está el poder de hacer las leyes superiores". Essa é ainda uma noção atualíssima, bastando ver que Canotilho, por exemplo, apoiando-se em Zippelius e Doehring, acolhe em nossos dias quase à letra. Trata-se de um poder superior em uma dada ordem: autoridade *suprema in suo ordine* e não *in quoque ordine*, assim pontualizara Francisco Suárez: "(...) o poder civil chama-se soberano em sua ordem, quando nesta ordem e com relação a seu fim é a última instância em sua esfera (...)".

É discutível, porém, e pessoalmente não me animo a sugeri-la, a redefinição competencial dessa matéria em São Paulo. O problema que se diz agudizar nesse pluricentrismo decisório é o da efração da uniformidade. O argumento que se constrói sobre essa via, contudo, recolhe a idéia de que nenhum pecado há em o aparato administrativo abandonar-se à tentação de ser o protetor final de todos os interesses, o guardião do interesse público e, mais que isso, o privilegiado intérprete do interesse público. Ainda, porém, que a uniformidade nos registros seja, não raro, bom resultado favorecido pela tradição, isso não exclui a possibilidade do erro uniforme (*anquilose dos equívocos*), nem o de novas e precipitadas práticas uniformistas, quase como resposta a uma ansiedade de uniformização de procedimentos.

Ora, a uniformidade resultante da experiência jurídica, da *jurisprudência* que acumula dados, prova-os no embate com a realidade, solida-lhes os critérios, distingue circunstâncias, recruta exceções, essa uniformidade aparelha-se como um *topos* que não adversa a independência jurídica do registrador.

Diversamente, o *uniformismo apriorista* judicial expressa ou implícita a idéia de que é boa, sempre, qualquer uniformidade, a que se pensa chegar mediante a disciplina antecipada – ao modo da prudência legislativa e não da judiciária –,

em contorno, assim, de uma singular experiência jurídica, marginada da realidade dos casos e da independência da qualificação jurídico-registral.

Nesse quadro, poderia pensar-se que, ainda sem uma redefinição competencial para o julgamento dos recursos das dúvidas registrais, fosse sempre superável o uniformismo prévio mediante a, entre nós, de comum prudente e elogiável atuação judiciário-administrativa. Calha, porém, que a visão do uniformismo apriorista – com o da esclerose de soluções abstratas – é um poderoso estímulo à mudança de trilha competencial, que leva à prognose de *defunção da dúvida*. Avisto até que, à medida que os juristas se forem familiarizando com o que o Superior Tribunal de Justiça vem afirmando a propósito do assunto, a dúvida corre sério risco de morte.

Considerada a dúvida à luz de um figurino possível: a de um procedimento administrativo de caráter hierárquico externo ou, se se quiser, de pára-hierarquia, a decisão recursal correspondente, em São Paulo, pelo Conselho Superior da Magistratura só pode preservar esse cariz hierárquico externo na medida em que se lhe empreste essa característica à custa da presença do Corregedor-Geral na votação, o que torna visivelmente complexo o quadro – para não dizer insolúvel – quando o Corregedor vota, vencido, em dissídio com a maioria. Nessa hipótese, em que o Corregedor vota em discrepância com a decisão majoritária num determinado procedimento de dúvida, não se vislumbra que tipo de extração hierárquica pode ainda conservar-se. Isso põe à mostra, portanto, o inconveniente do bifrontismo. Uma possível alteração competencial, que não parece malferir em nada a garantia de recorribilidade, seria a de estabelecer o caráter monocrático da decisão recursal. Penso, contudo, que é solução *de lege ferenda*, por difícil aclimá-la com a idéia de que a apelação no Código de Processo Civil é, ao menos, *potencialmente* apreciável por colegiado.

12. A idéia do *administrativismo regulamentador* pode sumariar-se, no campo registral, com a figura de uma Administração acometida de miopia, que vê o registro e não vê o que está além do registro. Que opina ser o registro um *fim*, e um *fim administrativo*, não se dando conta de que a razão de ser do registro – seu *finis operis*, pois – é a solução de problemas *reais* de particulares, como bens da vida, palpáveis, muitíssimo além das fronteiras da Administração. Fruto dessa ametropia, o apriorismo regulatório empenha-se em regular o mais possível das coisas com antecipada minudência, desprezando experienciar os problemas casuísticos. Desconhece-se aí a experiência paulatina da jurisdição, que é a prudencial experiência de cada dia, das coisas novas de cada, as coisas com que aprendemos muito e sofremos muito, os erros, também os nossos erros com que tropeçamos, os casos, os interesses, as teses em conflito, o patrimônio que nos permite viver a dialeticidade do direito, compreender que o direito é o enfrentamento de razões, que o justo está nas coisas, o justo é uma coisa: o justo é a *res iusta*.

Ora, o apriorismo regulatório, que parece ignorar a experiência dialética da jurisdição, também desconhece a independência jurídica do registrador, de sorte que o substitui ou lhe impõe determinadas pautas. Tudo, enfim, proximamente explicável pela abdicação da finalidade do registro de imóveis que é, sobretudo,

iusprivatística, abdicação que leva a enfocar o registro como um simples órgão administrativo, voltado a resolver problemas da Administração Pública e não os problemas de organização, fundamentalmente, da propriedade privada.

A Constituição da República de 1988, nossa instável Carta Política, prevê para o Judiciário o papel importantíssimo da fiscalização dos registros. Não imaginem, pois, que, dando de ombros a essa nossa pan-constituição, eu esteja a sustentar, em relação ao registro de imóveis, uma espécie de autonomia privatística à margem dos interesses do serviço público. Longe disso, porque também não é novidade, afirme eu que o registro de imóveis não é uma *bodega da esquina*, que se possa abrir ou fechar de acordo com o talante do oficial de turno. Mas *rebus in modus*: o poder constitucional de fiscalização judiciária dos registros, importantíssimo que é, não abrange o poder de normação. Fiscalizar não significa normativizar e tampouco induz uma administração organizatória.

Uma visualização ideológica da Administração Pública, em nossos tempos, parece acometida da tentação de ser uma espécie de detentora misteriosa da chave do julgamento do "interesse público", esse conceito *standard* que autoriza o fato das linguagens performativas. Com isso, correr-se-ia o risco de que a Administração Pública pudesse considerar o contratexto das leis quase ao modo místico de quem desvenda uma *intentio auctoris* ocultada dos profanos. Por outro lado, essa administração organizatória não se constitui num poder de polícia. Não pode ela, a pretexto de organizar registros, ao fundo atingir os interesses particulares que estão além dos registros. Um poder de polícia acobertado pela idéia de uma normativização do serviço significa disciplinar direitos dos particulares, e isso, a Constituição não atribui à Administração Pública dos registros.

O registro padece hoje de uma gravíssima propensão inspirada pelo adultério entre a vocação socialista, que não ficou nos escombros da queda do Muro de Berlim, e o neoliberalismo. Unindo essas duas correntes, tem-se hoje uma avistável tendência de converter o registro especialmente em defensor do crédito. Em vez de consagrar o registro, a segurança estática, a segurança antinomásica da propriedade imobiliária, o registro contemporâneo parece vocacionado, sobretudo, a proteger o crédito, incluindo o do erário, o que explica que o administrativismo veja com bons olhos a tendência da segurança dinâmica.

Com esse excesso normativo regulatório, estamos multiplicando incertezas. Primeiro, porque textos novos freqüentemente nos trazem novos problemas de compreensão. Além desses problemas de compreensão, trazem-nos novos problemas de interpretação, ou seja, de relacionar com fatos novos normas implícitas textualizadas. Temos, também, colisões freqüentes. Revolvem-se textos pontualmente esquecendo-se de retificar outros, provocando-se uma desarmonia de todo o sistema jurídico, a acarretar uma duvidosa realidade pragmática que a audiência social compreende viver.

O direito evapora-se, para aqui lembrar uma referência de Mireille Delmas-Marty, sentimos o direito como algo vaporoso, algo que hoje nos indica o que fazer, e amanhã pode indicar-nos exatamente o oposto. Parece que todos vivemos na expectativa da anistia do dia seguinte, tamanha a instabilidade jurídica. O direito já não é algo que nos estabiliza, que nos dê segurança, mas algo que flui,

algo que hoje nos sinaliza o que podemos fazer, para amanhã dizer-nos que o não podíamos ter feito. Perdemos a idéia de que o direito nos ancora, que nos dá as raízes para vivermos felizes. Não, o direito tornou-se uma coisa estranha. Temos o direito como algo completamente externo a nós, não é algo que nos diga respeito, é algo que nos é imposto, só isso. Mas isso, vou na esteira de uma expressão de Radbruch, é alguma coisa mas já não é o direito.

13. Peço licença para abrir um parêntese. Queria recordar aqui um episódio, um saudoso episódio. Eram os anos 80, já em seu terço final, e a 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital de São Paulo – onde agora pontifica o Dr. Marcelo Berthe – e a Corregedoria-Geral da Justiça erguem uma bandeira à maneira de um pavilhão de resistência. Isso porque nos envolvemos em um debate acadêmico magnífico, em que, de um lado, se erguia este meu grande amigo, depois Corregedor-Geral da Justiça no Rio Grande do Sul, o Des. Décio Antônio Erpen, a sustentar a inscritibilidade do protesto contra a alienação de bens. E, de outro lado, os paulistas, com duas posições: a dos que afirmavam que o protesto em caso algum poderia ser registrado, e a outra, no qual só eu me encontrava, entendendo que, contanto se instituísse a inscrição provisória, o protesto poderia ser averbado ou registrado; antes disso, não.

Calha que certo dia surgiu na Vara de Registros a notícia de que um cartório em São Paulo havia averbado protesto contra alienação de bens. Aquilo soava como uma derrota imensa pelo fato de ter ocorrido em nossa própria Casa. Convocado a explicar-se, o registrador responsável pela prática do ato historiou: o juiz de primeira instância mandou inscrever o protesto, ele, registrador, recusou a inscrição, firme na autoridade da "justiça registral de São Paulo"; em continuidade, porém, em vez de o apresentante do título requerer a instauração de um procedimento administrativo, dirigiu um novo e insistente pedido ao juiz da causa; esse juiz decidiu, em suma, que, se a Corregedoria entendia que não podia inscrever-se o protesto, então não podia, ponto e basta, e, por isso, não determinou a inscrição. O interessado manejou agravo, e o recurso dirigiu-se a uma das Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo relator sorteado o Des. Antônio Carlos Alves Braga, que, muito saudoso amigo, conduziu o acórdão que decidiu por averbar o protesto. O registrador, então, me questionou: "¿O Senhor acha que eu iria negar cumprimento ao acórdão do doutor Braga?".

Nem ele negou cumprimento, nem eu quis de ofício cancelar a inscrição...

A questão avistável prontamente era esta: ¿por que um acórdão, nesse quadro, valeria mais do que uma decisão de primeiro grau? ¿Por que, formalmente, a decisão de um antigo juiz de investidura temporária, ou de um juiz substituto ingressado recentemente na carreira, uma vez que se torne decisão definitiva, valeria juridicamente menos que um acórdão definitivo? A conclusão prático-prática era singela: o acórdão se cumpria... porque era um acórdão.

A década de 80 desvelou ainda um outro fato concorrente, o de a Justiça federal não admitir a interferência da Justiça estadual, sobretudo no plano administrativo, para saber se se registrava ou não determinado título proveniente da órbita judiciário-federal.

Ora, indica o art. 204 da Lei 6.015/73 que a decisão da dúvida *não impede o uso do processo contencioso*. Durante algum tempo, foi comum o uso de restringir a acepção do termo *processo contencioso*, referindo-o a *ações*, reportadas, por exemplo, ao mandado de segurança, às demarcatórias, rescisórias, reivindicatórias.

O Superior Tribunal de Justiça teve mais larga visão a esse respeito, afirmando possível, no objeto de conceito do *processo contencioso* referido no art. 204 da Lei de Registros Públicos, incluir-se a *decisão interlocutória* relativa ao ato concreto de uma inscrição predial. A partir da compreensão do versado termo *processo contencioso* a abranger tanto sentenças quanto decisões interlocutórias, problematiza-se muito a vitalidade do procedimento administrativo da dúvida. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admitiu, a meu ver com razão, a supremacia da hipoteticamente mais pálida das decisões jurisdicionais sobre a mais brilhante e admirável das decisões de caráter administrativo. Patente o acerto da solução jurisprudencial do STJ, porque não se pode admitir a inversão administrativista consistente em que a decisão jurisdicional se supedite à orientação administrativa.

Averbo que o fato de a normativa vigente não impor o esgotamento prévio da via administrativa para a viabilidade das decisões jurisdicionais, as interlocutórias vigoram-se para as soluções registrarias, com independência de procedimentos administrativos, persistentes embora – já por outra perspectiva – as dificuldades de convivência registral das incidentais cautelares. O tema, contudo, solver-se-ia de maneira menos áspera com a reclamada instituição das inscrições provisórias.

Consideremos uma ilustração mais ou menos gráfica: suponha-se que um juiz, em processo contencioso, determina a inscrição de uma penhora; o registrador julga que não cabe essa inscrição porque, por exemplo, há vício de continuidade, especialidade etc., e o título regressa às mãos do apresentante, que tem alguns caminhos a escolher:

a) harmoniza-se com o entendimento do registrador;

b) requer a suscitação do procedimento de dúvida;

c) ajuíza um procedimento judicial de averbação, por sustentar que o ato em pauta é de averbamento;

d) ou, por fim, retorna ao Juízo da causa e pleiteia que ali se aprecie e decida sobre a recusa da inscrição: a decisão que aí houver é decisão em *processo contencioso*. Uma vez que haja seu trânsito em julgado, é decisão jurisdicional prevalecente sobre os ditames da justiça administrativo-registral.

14. A título exemplificativo, na esteira cônsona do que acima se indicou, peço que se medite sobre alguns julgados do STJ que apreciaram e decidiram recursos incidentais referentes: (a) à inscrição predial do protesto contra alienação de bens (REsp 695.095 – 3.ª T. – Min. Nancy Andrighi; REsp 606.261 – 3.ª T. – Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp 440.837 – 4.ª T. – Min. Barros Monteiro) ou em que, de maneira intercorrente; (b) o Juízo contencioso decidiu afastar dada recusa em inscrever uma penhora ou uma carta de arrematação ou de adjudicação (CC 31.866 – 2.ª Seção – Min. Ruy Rosado de Aguiar; CC

30.820 – 2.ª Seção – Min. Antônio de Pádua Ribeiro; RMS 193 – 4.ª T. – redator para o acórdão o Min. Fontes de Alencar; CC 21.413 – 2.ª Seção – redator para o acórdão Min. Barros Monteiro; CC 21.649 – 2.ª Seção – Min. Eduardo Ribeiro; CC 40.924 – 2.ª Seção – Min. Humberto Gomes de Barros).

Em síntese, a suscetibilidade dos títulos judiciais à qualificação registrária não importa em que possa uma *decisão administrativa* – assim, a proferida na dúvida registraria – sobrepor-se a uma decisão jurisdicional, contenciosa, seja final, seja interlocutória.

15. Para encerrar, quero dizer o seguinte: a sobrevivência do registro de imóveis a mim me importa não na condição de juiz, mas na de um súdito nesta antiga Terra dos Papagaios, Ilha de Vera Cruz, Terra de Santa Cruz, Monte Pascoal, como a quer que chamemos. Importa-me porque a sobrevivência do registro de imóveis passa pela da propriedade privada dos bens imóveis, e a sobrevivência da propriedade privada é também a das liberdades concretas. Só podemos ser livres, até mesmo diante do Estado, na medida em que tenhamos meios para, quando o caso, legitimamente enfrentar adversidades cósmicas, biológicas, sociais, meios estes que passam freqüentemente pela conservação *jurídica* do que está custodiado nas mãos do registrador, um garante da propriedade e um sobregarante das nossas liberdades.

4

*A penhora e o procedimento de dúvida**

SÉRGIO JACOMINO

Mestre e Doutor em Direito pela Unesp. Coordenador Editorial do Irib. 5.º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo-SP.

RESUMO: O autor avalia as recentes alterações introduzidas no Código de Processo Civil, notadamente no que pertine à "averbação premonitória" e à penhora, investigando os reflexos dessas mudanças no Registro Imobiliário, bem como no procedimento de dúvida.

PALAVRAS-CHAVE: Penhora – Averbação premonitória – Registro de imóveis

ABSTRACT: The author evaluates the recent alterations introduced in the Code of Civil Process, especially in which refer to the "premonitory registration" and to the pawn, investigating the reflexes of those changes in the Real Estate Registry as well as in the procedure of doubt.

KEYWORDS: Pawn – Premonitory registration – Real Estate Registry.

SUMÁRIO: Dúvida: o nome e a coisa – Dublês de notários, registradores e escrivães judiciais – Dúvida: averbação e registro – Política judiciária – O Código Judiciário de São Paulo – Penhora: registro ou averbação?

Coube-me enfrentar o problema da penhora e o procedimento de dúvida. Essa tarefa se torna ainda mais árdua e desafiante em razão de suceder ao desembargador Ricardo Dip, organizador e nossa maior inspiração na concretização desses diálogos no Café com Jurisprudência, hoje se realizando em Alphaville.

Os tópicos que vou procurar abordar são: dúvida – o nome e a coisa; cabimento da dúvida somente para os casos de registro *stricto sensu*; penhora, objeto de registro ou averbação?

* Seguindo a orientação do Organizador, Des. Ricardo Dip, o texto ora apresentado conserva o tom coloquial da apresentação feita no dia 2 de junho de 2007, na manhã chuvosa de Alphaville.

Dúvida: o nome e a coisa

A utilização da palavra *dúvida*, para qualificar o procedimento decorrente de denegação resistida à pretensão de registro, sempre me causou certa perplexidade. Dúvida é desconfiança, hesitação, incerteza. O campo semântico da expressão abarcaria, no limite, a idéia de perplexidade e detimento diante do fato do registro rogado. Pode significar um estado de irresolução, indecisão, que poderia acarretar a paralisação do procedimento registral. E, no entanto, todos nós sabemos que o Registrador não tem dúvida; não pode hesitar diante da necessidade de decidir acerca da registrabilidade de um título. Não se detém em razão do dever legal de admitir ou denegar a inscrição.

O Regulamento de 1846 (arts. 30 e 31 do Dec. 482, de 1846) previa a denegação do registro quando a recusa ou postergação da inscrição fosse fundada em direito. Não se conformando com a demora, ou com a recusa, o interessado poderia socorrer-se de autoridade judiciária competente para dirimir a controvérsia.

Vê-se, já nos primórdios de nossa legislação hipotecária, que o registrador se obrigava a imperar a registração. Mas não a negativa. No dito Regulamento já se antevê o espartilho procedimental que se desenvolverá com maior nitidez nos regulamentos hipotecários que lhe sucederam. Nesse sentido, o aspecto que gostaria de reter para nossa consideração é: no caso de ocorrer a *qualificação positiva*, o registro se faria (art. 30). Já a negativa seria decidida pelo juízo competente (art. 31).

A insinuação da expressão da qual hoje nos ocupamos – dúvida – se dará no Regulamento de 1865 (Dec. 3.453, de 26 de abril), obra meritória do grande jurisconsulto do Império, José Thomaz Nabuco de Araújo. A palavra calha nos arts. 69 e 328 do dito regulamento.

Duvidando da legalidade... será a expressão que fará fortuna.[1] Essas expressões serão recorrentes nos regulamentos sucessivos – *levantar dúvida, duvidar da legalidade, dúvida do oficial* etc.

A expressão *dúvida* é, portanto, tradicional em nosso direito.

Todavia, como a ela chegamos? A doutrina de Serpa Lopes nos dará algumas pistas.

Dublês de notários, registradores e escrivães judiciais

Como já lhes disse, todos nós sabemos que o registrador jamais se deterá por hesitações ou dúvidas acerca do pedido que lhe seja endereçado. Esse profissional deve imperar o registro ou a sua recusa. Do ato caberá recurso administrativo à instância superior. Essa a tipologia clássica do procedimento registral.

Serpa Lopes, quando escreveu sobre o Registro de Imóveis, apanhou e sintetizou o espírito de época que animava o relacionamento entre registradores, notários e juízes. Dizia o tratadista que o dever do oficial é suscitar dúvida em

1. Cf. Dec. 370, de 02.05.1890, arts. 66 e ss.; Dec. 18.542, de 24.12.1928, art. 207; Dec. 4.857, de 09.11.1939, art. 215, § 1.°, até a vigente Lei de Registros Públicos (art. 198 e ss.).

relação aos atos apresentados à inscrição que, por fundada razão, não fossem admitidos a registro. Tal encargo representa uma ação vinculada. Diz o jurista:

"O nosso sistema é diferente da legislação portuguesa e de outros onde o oficial pode suspender a inscrição até que sejam preenchidas determinadas formalidades, ou recusá-la formalmente quando haja nulidade substancial cabendo, neste último caso, recurso para o juiz".

"No nosso sistema, em princípio, o oficial *não tem o direito propriamente dito de recusar a inscrição* no sentido de decidir que ela não é possível de se tornar efetiva, *mas apenas suscita dúvida*. É ao juiz que compete decidir da sua procedência, ou não, ordenando ou recusando a inscrição."[2]

Vejam que curioso: é como se houvesse a suspensão do juízo de denegação quando o registro, por infringência à legalidade, não se perfizesse. O registrador, nesses casos, não poderia imperar a negativa. Não tem "o direito" de recusar a inscrição. A ele caberá unicamente devolver ao juízo competente a pretensão perante ele, registrador, deduzida. Nesses casos, deveria, simplesmente, *suscitar dúvida!*

No começo do século XX, o juiz era naturalmente considerado o presidente do registro. Tanto o registrador quanto o notário – bem assim escrivães do feito judicial, e outros tantos profissionais que atuavam no processo –, todos orbitavam a Galáxia Judiciária; eram órgãos auxiliares da Justiça, astros que refletiam a poderosa luz própria do Poder.

Nos primórdios, o registrador e o notário funcionavam integrados na máquina judiciária: aquele era escrivão do feito cível ou criminal, este o escrivão do Cartório do Júri, Cartório da Corregedoria Permanente etc. Na origem, esses profissionais eram dublês de escrivães e notários ou registradores; atuavam concomitantemente no foro judicial e extrajudicial.[3]

Muitos dos procedimentos no âmbito da escrivania judicial, que se aplicavam ao processo e se desenvolviam sob a estrita direção do juiz, aplicavam-se analogamente às Notas e ao Registro. Assim, quando o escrivão, no curso do processo, tinha uma *dúvida*, isto é, deparava-se com um fato imprevisto, um acidente no regular andamento do feito, então ele se detinha e formulava uma consulta, antecedida de uma informação, ambas endereçadas afinal ao Presidente do processo. Em última instância, seria o juiz quem decidiria o acidente processual intercorrente, não o escrivão.

Nesse sentido, se compreende perfeitamente como Serpa Lopes enxergava o registrador na sua peculiar interação com juiz. A apreciação judicial, a direção dos serviços auxiliares da Justiça, a dirimição de dúvidas de serventuários, escrivães, oficiais de justiça, tudo isso estava sob a estrita orientação e direção do juiz.

2. As referências podem ser encontradas em: SERPA LOPES. Miguel Maria de. *Tratado de registos públicos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. 2, p. 345 e ss., n. 339.
3. Vale consultar o Dec. 9.420, de 28.04.1885, que consolidou a legislação relativa aos empregos e ofícios de justiça para que se possa constatar que esses profissionais integravam a família forense.

Este era o ambiente em que vivíamos. Havia uma estrita vinculação hierárquica que se estendia e atingia, inclusive, a medula da atividade própria do registrador. Assim, quando o registrador se deparasse com uma situação que fugia das regras preestabelecidas – quer fossem previstas em decisões normativas, quer se fundassem na praxe cartorária –, então ele se detinha. Suspendia o juízo de qualificação. Devolvia a matéria ao juiz, a requerimento, municiando-o com prévia informação e suscitação da dúvida. Mesmo quando duvidasse da legalidade, ele não proferia a decisão denegatória, porque isso implicaria declarar *in concreto* a infringência à ordem legal, o que sempre esteve reservado ao juiz. Essa circunstância era suficiente para paralisar o procedimento registral e submeter ao magistrado, a quem se reservava, então, a palavra final.

Havia claramente uma sujeição hierárquica. Éramos, como já disse, dublês de escrivães do judicial e do extrajudicial, integrávamos a galáxia judiciária, como ainda integramos, mas de maneira diversa, com outro estatuto profissional e institucional que a legislação superveniente acabou conformando.

Deixem-me concluir. A nota mais importante a se destacar, na perspectiva histórica, é que essa limitação na atuação do registrador somente seria ultrapassada com a consagração e o reconhecimento da independência jurídica do registrador, que tem o poder-dever de imperar não só a registrabilidade do título, mas igualmente a sua recusa.

Contudo, isso tardaria alguns anos ainda, e o marco definidor desse paradigma se construiria a partir da doutrina do Des. Ricardo Dip, que percorrendo um largo caminho, seria consagrada na Lei 8.935, de 1994 (art. 3.º c.c. art. 28).[4]

Dúvida: averbação e registro

Hoje, no Estado de São Paulo, a dúvida é cabível apenas nos casos de recusa de prática de ato de registro em sentido estrito. A dúvida só se instaura se presente o dissenso entre a parte e o Oficial do Registro a propósito de ato de registro. Ou seja, se o ato a ser praticado no cartório de Registro de Imóveis não for de registro, não caberá a dúvida, ainda que o interessado, no ato de averbação, venha a requerer expressamente a suscitação de dúvida. O processamento natural desses pedidos de revisão é a via de procedimento administrativo comum, que corre no âmbito da administração judiciária do Estado.

Vamos ver como isso traz algumas conseqüências práticas.

Em primeiro lugar, vamos nos deter na redação da Lei de Registros Públicos.

Nos arts. 198 a 207 encontramos a regulação do procedimento de dúvida. Destaquemos o art. 203, II, da Lei de Registros Públicos. Diz esse inciso que, se for julgada improcedente a dúvida, o interessado apresentará, de novo, os seus documentos, com o respectivo mandado, ou certidão da sentença, que ficarão

4. O autor se refere ao trabalho apresentado no XVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil (Encontro Elvino Silva Filho), realizado em Maceió, no período de 21 a 25 de outubro de 1991.

arquivados, para que, desde logo, *se proceda ao registro*, declarando o oficial o fato na coluna de anotações do Protocolo.

Ou seja, se a dúvida for julgada improcedente, desde logo se procederá ao registro. Não diz o artigo que se procederá ao *registro* ou à *averbação*.

O art. 205 da Lei 6.015 também fala da cessação automática dos efeitos da prenotação: "Cessarão automaticamente os efeitos da prenotação se, decorridos 30 (trinta) dias do seu lançamento no Protocolo, o título não tiver sido *registrado* por omissão do interessado em atender às exigências legais".

Novamente a referência a registro – e não a averbação.

Finalmente, o art. 206 diz que "se o documento, uma vez prenotado, não puder ser *registrado*, ou o apresentante desistir do seu *registro*, a importância relativa às despesas previstas no art. 14 será restituída, deduzida a quantia correspondente às buscas e a prenotação".

Notem bem, a lei não fala em nenhum momento em *averbação*.

Esse tem sido considerado o elemento fundamental para alicerçar a construção de admissibilidade de suscitação de dúvida tão-somente nos casos de registro.

POLÍTICA JUDICIÁRIA

Além desse argumento, qual outro é apresentado para justificar a opção regulatória? Uma vez mais será o Des. Ricardo Dip que nos dará elementos de compreensão.

Segundo ele, existe um aspecto *político* relacionado com a consideração de que a dúvida só tem cabimento nos casos de registro *stricto sensu*. No Estado de São Paulo, diz ele, a partir de meados da década de 80, tomou-se uma decisão que se afirmou, desde o início, como uma decisão de caráter político. Distinguiu-se registro *stricto sensu* de averbação para os fins de designar competências ou atribuições entre o Conselho Superior da Magistratura e a Corregedoria-Geral da Justiça. Continua o mestre:

"Estou em situação bastante suspeita para explicar esse episódio. A decisão foi política, à vista de dificuldades de convivência entre o Corregedor-Geral da Justiça que integrava, e ainda integra, enquanto cargo e função do Tribunal de Justiça, o Conselho Superior da Magistratura como relator nato das dúvidas em segunda instância, e ele corregedor no exercício das funções soberanas em sua ordem da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo. Em resumo, era freqüente que o Corregedor-Geral da Justiça, quando decidia na Corregedoria, o fizesse de uma maneira e votasse vencido no Conselho, criando, portanto, uma aparente dúplice soberania administrativa. Na verdade, era uma só, a do corregedor. Mas não era possível, como não o é até hoje, contornar as circunstâncias por que as decisões do Conselho Superior da Magistratura são muito autorizadas".[5]

Era preciso encontrar suporte na lei para justificar a opção regulatória.

5. *Boletim Eletrônico do Irib*, n. 2.960, 23 maio 2007.

O Código Judiciário de São Paulo

Além da Lei 6.015, de 1973, outro eixo fundamental para justificar a não-admissibilidade da dúvida nos casos de averbação, é o art. 246 do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Dec.-lei Complementar 3, de 27.08.1969).

Uma vez mais o paradigma construído sob a inspiração da estrita vinculação hierárquica do registrador ao juiz-corregedor iluminará a interpretação hoje assente sobre o tema. O referido art. 246 se acha aninhado no título dos Ofícios de Justiça Não-Oficializados (Título III), em cujos capítulos são tratados o provimento, a remoção, a promoção e o regime disciplinar dos "serventuários dos ofícios e cartórios não oficializados".

O art. 246 trata das decisões de juízes corregedores-permanentes; diz a norma:

"Art. 246. De todos os atos e decisões dos juízes corregedores permanentes, sobre matéria administrativa ou disciplinar, caberá recurso voluntário para o Corregedor Geral da Justiça, interposto no prazo de 15 (quinze) dias, por petição fundamentada, contendo as razões do pedido de reforma da decisão".

A inadequação do suporte legal é evidente. O exame de legalidade de um título que ingressa no Registro por meio de averbação não representa matéria disciplinar sujeita à corregedoria-permanente e, em grau de recurso, à Corregedoria-Geral da Justiça. Essa interpretação rende homenagens a um sistema de relacionamento hierárquico entre órgãos judiciários e órgãos da fé pública que foi ultrapassado pela legislação superveniente. Trata-se de um anacronismo.

Mais importante, todavia, é o risco que representa, já que muitos títulos ingressam no Registro Predial pela porta da averbação.

É necessário e urgente superar esse paradigma. A ocorrência de novos fatos típicos de averbação acarretará, cedo ou tarde, uma revisão dessa interpretação.

Estamos experimentando certa instabilidade nesse sistema de admissibilidade de dúvida somente nos casos de registro – e isso devido, basicamente, à casuística legislativa. Uma pequena amostra poderá nos dar uma idéia. Perfazem-se por averbação os seguintes atos:

a) Contratos de promessa de compra e venda, cessões e promessas de cessão a que alude o Dec.-lei 58, de 1937, quando o loteamento se tiver formalizado anteriormente à vigência da Lei 6.015, de 1973 (art. 4.°, *b*, c/c o art. 5.° do Dec.-lei 58, de 1937).[6]

b) Fusão, cisão, incorporação de sociedades (art. 234 da Lei 6.404, de 1976).

6. Embora as Normas de Serviço da CGJSP prevejam que os contratos de promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas condominiais (Lei 4.591, de 1964) ingressam por ato de registro – "quando a incorporação ou a instituição de condomínio se formalizar na vigência da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973" (item 1, n. 18, Cap. XX) –, permitindo-se concluir, *a contrario*, que nos demais casos se perfaria por ato de averbação, não se pode olvidar, contudo, que o § 2.°, art. 32 da Lei 4.591, de 1974, foi alterado pela Lei 10.931, de 2004. O ato se perfaz por registro.

c) Direito de preferência no caso de alienação de bem imóvel locado (art. 33, parágrafo único, da Lei 8.245, de 1991).

d) Caução de imóvel em garantia locatícia. (art. 167, II, 16, da Lei 6.015, de 1973).

e) Penhora, no atual Código de Processo Civil (art. 659, § 4.º).

f) Usufruto de direito processual (art. 722, § 1.º, do CPC).

A circunstância de que esses títulos ingressem no Registro por meio de averbação, acarreta a instabilidade do sistema. Não podemos desprezar a garantia que o registro oferece na intercorrência de títulos contraditórios, que podem representar interesses e direitos conflitantes.

Não é necessário descer a minúcias explicativas para verificar que, embora se concretizando por ato de averbação no Ofício Registral, tais títulos podem acarretar conflitos de direitos pela inobservância do procedimento de dúvida. Como se sabe, a dúvida pressupõe a prenotação do título, suspensão do prazo decadencial da inscrição no Protocolo e o rito de suscitação de dúvida com as garantias que a Lei consagra no art. 198 e seguintes.

PENHORA: REGISTRO OU AVERBAÇÃO?

O advento da Lei 11.382, de 2006, que radicalizou as reformas do CPC, levou os especialistas a um debate muito interessante. O experiente registrador paulistano Ulysses da Silva, em seus comentários sobre a reforma do Código de Processo Civil, feriu um tema caro aos registradores: a penhora se perfaz mediante ato de registro ou de averbação? Poder-se-ia jungir: a inscrição da carta de usufruto (art. 722, § 1.º, do CPC) se perfaz por ato de averbação ou de registro?

Diz Ulysses da Silva:

"Ensejada a oportunidade, e afastada a intenção proposital do legislador, nota-se, mais uma vez, que ele demonstra falta de conhecimento da técnica registral ao falar em averbação para a penhora, quando a Lei 6.015, de 1973, determina, apropriadamente, o seu registro, no inciso I, item 5, do art. 167, considerando tratar-se de ato de apreensão do imóvel matriculado e que pode levar à expropriação do direito de propriedade. Há quem entenda, como eu, que a lei agora editada não tem força para modificar a de n. 6.015, de 1973, com fundamento no princípio consagrado no § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil".

Logo em seguida acresce:

"O direito do legislador, no caso, vai até a determinação de ingresso da penhora no registro imobiliário, para os fins de direito, mas, a especificação da forma ou natureza do ato a praticar pelo registrador invade a área de competência do legislador da Lei de Registros Públicos".[7]

7. SILVA, Ulysses da. O registrador imobiliário em face da Lei 11.382, de 2006. *Boletim do Irib em Revista*, n. 331, p. 5, abr.-mai.-jun. 2007.

Em primeiro lugar, aqui talvez não se dê o caso de falta de conhecimento de técnica registral do legislador, nem tampouco teria ocorrido a falta de intenção identificada pelo comentador.

Vamos por partes.

A Lei 11.382, de 05.12.2006, como se sabe alterou o Código de Processo Civil que, em seu art. 659, § 4.º, dispondo sobre a inscrição da penhora, assim consagrou o ato de registro:

"§ 4.º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4.º) providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial".

O decaimento do ato registral da inscrição da penhora e do usufruto – de registro para averbação – apresenta alguns problemas que devem ser ponderados para aplicação harmônica e homogênea das regras e procedimentos registrais.

A mudança do *status* da inscrição foi deliberadamente objetivada pelos autores do anteprojeto de Lei. Depois de encaminhado o Projeto de Lei 4.497, de 2004, ao Congresso Nacional, na complementação de voto do relator, o Dep. Luiz Couto nos dá algumas pistas para compreender o sentido da mudança. Diz ele:

"Adapta-se o dispositivo às demais alterações feitas pelo projeto e substitui-se o registro da penhora pela sua averbação, o que atende ao objetivo de publicidade e possui, s.m.j., custo inferior ao registro".[8]

A doutrina igualmente denuncia o movimento. Assim, Humberto Theodoro Jr.:

"Embora a Lei dos Registros Públicos preveja o registro da penhora de imóveis (Lei 6.015/73, art. 167, I, 5), a opção da reforma pela averbação certamente se deveu à maior singeleza do último ato registral. O registro é sempre cercado de exigências formais e substanciais que, no caso da penhora, retardam a publicidade do ato judicial, que a lei empenha seja pronto. De mais a mais, não se trata de ato constitutivo do direito real, e nem mesmo constitutivo do gravame judicial. Sua função é puramente de publicidade perante terceiros. Para tal objetivo, é evidente que a averbação se mostra suficiente e adequada, além de ser mais prontamente factível".[9]

O tema é: mitigação do rigorismo formal do mecanismo registral e "custo inferior ao registro".

Aqui estou com o registrador paulistano Ulysses da Silva, com as reservas críticas já anunciadas acima.

8. Complementação de voto do Dep. Luiz Couto na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania sobre o Projeto de Lei 4.497, de 2004, datado de 4 de abril de 2005, disponível no site da Câmara em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/292377.pdf>.
9. THEODORO JR., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 91-92.

Em primeiro lugar, considero que, apesar da cizânia instaurada na definição conceitual e terminológica dos atos de registro, tanto o registro quanto a averbação merecem do registrador o mesmo rigor na qualificação registral.

Não se inaugura entre nós a *qualificação light*.

O fato de não se tratar de um ato constitutivo do direito, e nem, por óbvio, conformativo do gravame judicial, a inscrição gera, contudo, importantes efeitos ao tornar oponíveis a todos terceiros os direitos do exeqüente decorrentes do processo de execução.

Como se verá, a inscrição da penhora ostenta um caráter declarativo. Mas isso não responde plenamente à questão, pois há inúmeras hipóteses de atos que se aperfeiçoam no registro por meio de averbação – fusão, cisão, incorporação de sociedades (art. 234 da Lei 6.404, de 1976), cessões e promessas de cessões de imóveis de loteamentos inscritos sob o regime do Dec.-lei 58, de 1937, caução de imóveis (art. 38, § 1.°, da Lei 8.245, de 1991) entre inúmeros outros exemplos –, e nem por essa razão o rigor no exame dos títulos que lhes servem de base é flexibilizado. Por fim, há ainda exemplos de registros com efeitos meramente declarativos – partilhas, usucapião, desapropriação etc. – sem que o mesmo rigor deixe de ser observado.

É da tradição do direito brasileiro a relevação da penhora como ato que se perfaz como registro (inscrição): desde o Dec. 4.827, de 1924 (art. 5.°, *a*, VII), passando pelo Dec. 18.542, de 24.12.1928 (arts. 173, *a*, VI, e 265 e 266), Dec. 4.857, de 09.11.1939 (arts. 178, *a*, VI, 279 e 280) até a vigente Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/73 (art. 167, I, 5, c/c os arts. 239 e 240).

Não se pode dizer que a penhora seja um direito real, nem tampouco um ônus real em sentido próprio. O registro da penhora não cria nem constitui um direito subjetivo de caráter real. A constrição judicial representa uma afetação do bem ao processo executivo e esse estigma, por adjunção transitória que se faz à situação inscrita, irradiado por efeito da publicidade registral, tem a função relevante de tornar cognoscível a situação jurídica do bem. Isso no evidente interesse de terceiros.

Com as reformas do Código de Processo Civil a inscrição da penhora acarreta a inversão do ônus probatório. Com o registro, gera-se, portanto, relevantes efeitos.

As vicissitudes jurídicas que gravam o imóvel – sejam elas decorrentes de direitos reais limitados ou de situações jurídicas com transcendência real – pela ordem de relevância que apresentam, sempre se consagraram no Registro Predial como inscrições, *i.e.*, como registros *stricto sensu*.

Valestan Milhomem da Costa, em recente artigo publicado, assim se manifestou:

"Ademais, malgradas as referências incidentais à averbação da penhora de bens imóveis, pela nova redação dos §§ 4.° e 6.° do art. 659, e do art. 698, CPC, não parece que tais referências tenham modificado a natureza do ato registrário a ser praticado para a publicidade da penhora, conforme estabelecido na lei especial, sendo tais referências consideradas 'disposições gerais a par das já existentes', que 'não revoga nem modifica a lei anterior', conforme dispõe o § 2.°, art. 2.°, da LICC".

"Nota-se, ainda, que o art. 7.º da Lei 11.382/2006 revogou expressamente apenas artigos da Lei 5.869/73, mas não fez referência ao inciso que trata do registro da penhora, nem o podia fazer, posto que não seria possível revogar o inciso apenas quanto à penhora".

"De sorte que, não havendo declaração expressa de revogação de artigos da Lei 6.015/73, nem incompatibilidade entre os fins pretendidos na Lei 11.382/2006 e o ato de registro indicado nos arts. 167, I, 5, e 240 da Lei 6.015/73, nem tampouco havendo a Lei 11.382/2006 regulado inteiramente a matéria, há que se entender que a publicidade do ônus da penhora no Registro de Imóveis ocorre por ato de registro".

"O mesmo se pode dizer em relação ao usufruto, o qual, não obstante a nova redação do § 1.º do art. 722, do CPC, requer ato de registro, tanto pelos fundamentos acima, como em razão da regra do art. 1.227 do CC".[10]

João Pedro Lamana Paiva, por outro lado, no mesmo *Boletim Eletrônico* (n. 2.788, de 11.01.2007 – A penhora no Registro de Imóveis) asseverou:

"Outra inovação estabelecida pela nova Lei Processual é a modificação no procedimento registral da penhora – que anteriormente era efetivada no álbum imobiliário por ato de registro – o que ocasionava dificuldade em proceder ao ato, em virtude do princípio da qualificação documental. Pois, é sabido que o ato de registro requer um fenômeno registral complexo e, não raramente, os títulos judiciais são devolvidos em virtude de não preencherem alguns requisitos indispensáveis, provocando desgastes entre o oficial, as partes, os advogados e o próprio Poder Judiciário".

"A opção do legislador em determinar, agora, que a penhora deva ser procedida através de averbação, em virtude da apresentação de inteiro teor do ato, independentemente do mandado judicial, ao meu juízo foi acertada. A modificação de ato de registro para averbação viabilizará maior acesso dessas medidas acautelatórias (penhora, arresto, seqüestro etc.) no registro imobiliário, uma vez que torna mais efetiva e célere o ingresso dos mandados judiciais no fólio real. Nesse sentido, a nova lei reforçou e valorizou um princípio muito comentado na Doutrina de Direito Registral Imobiliário: o princípio da publicidade registral, tendo em vista que a averbação tem a presunção absoluta de conhecimento de terceiros".

"Ressalva-se, contudo, que não estou afirmando que haverá o princípio da facilitação, porque a substituição do ato de registro pelo de averbação não autoriza que os preceitos registrais restem esquecidos. O ingresso desse título judicial no álbum imobiliário, através do ato de averbação, estará sujeito, como qualquer outro, a qualificação registral, bem como a obediência aos princípios da especialização subjetiva e objetiva, da continuidade, da disponibilidade, entre outros, devendo conter: a) dados do imóvel; b) número da matrícula ou transcrição; c) credor/devedor; d) valor da dívida; e) depositário etc.".

10. COSTA. Valestan Milhomem da. A Lei 11.382/2006 e o Registro de Imóveis. *Boletim Eletrônico do Irib*, n. 2.800, 16 jan. 2007.

A natureza jurídica da penhora é matéria complexa. Na síntese de José Alberto dos Reis "a penhora é uma providência de afetação, a venda uma providência de expropriação, o pagamento uma providência de satisfação".[11]

A penhora é um ato de afetação no processo executivo. E a publicidade registral da penhora, qual seria a sua natureza jurídica? Quais os efeitos de sua publicidade pelo registro?

A resposta a essa pergunta poderá nos proporcionar elementos para justificar a acessoriedade do ato (averbação) ou sua consideração e valoração pelo aspecto da sua principalidade (registro).

Serpa Lopes procurou distinguir os aspectos relacionados com a inscrição pelos seus efeitos. Depois de asseverar que de um ponto de vista geral a averbação é um ato acessório, quanto à substância,

"esse caráter apresenta-se nitidamente como um dos pontos diferenciais da transcrição e da inscrição, porque, enquanto estas constituem condição de eficácia do ato, de modo que a sua omissão prejudica o título que lhe serve de causa, averbação, se omitida, não atenta contra o ato principal, que subsiste, mas apenas pode paralisar qualquer procedimento no registro, enquanto não for feita, não importando nulidade a sua omissão, mas apenas uma irregularidade embora devendo ser sanada".[12]

E segue o festejado tratadista analisando os efeitos da publicidade:

"Deduz-se daí que, em relação ao fim da publicidade, a averbação e a inscrição são idênticas; diferem apenas quanto aos efeitos decorrentes da omissão de qualquer delas, quando obrigatórias. Ambas atuam como um espelho fiel da situação da propriedade imobiliária, mas a repercussão da falta da primeira afeta ou à própria existência do direito ou à sua disponibilidade, enquanto a segunda exige apenas que se sane a irregularidade.[13]

O jurista português Carlos Ferreira de Almeida deteve-se na meditação acerca da publicidade nos registros públicos. Apresentou uma classificação levando em consideração os efeitos decorrentes da publicidade registral.

Talvez devêssemos recuperar as discussões que, no início do século passado, empolgaram a doutrina – especialmente a italiana – acerca do fenômeno da publicidade registral. Retomando a categorização que se supõe ainda hígida, **aproveitando a tipologia oferecida por Carlos Ferreira de Almeida**, temos:

a) publicidade-notícia (sem particulares efeitos no ato publicado);

b) publicidade declarativa (necessária para que os fatos sejam eficazes em relação a terceiros); e

c) publicidade constitutiva (indispensável para que os fatos produzam quaisquer efeitos).

O mesmo jurista português veiculará a observação de que a tendência que se verifica modernamente é considerar-se que "toda a publicidade que atua sobre a

11. REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. v. 2, p. 91.
12. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 4, p. 196, n. 653.
13. Idem, ibidem, p. 198.

extensão da eficácia do fato é constitutiva (de efeitos); e que a chamada até então publicidade constitutiva é antes forma essencial do fato".[14]

Carlos Ferreira de Almeida ainda notará que a publicidade-notícia apresenta pouca relevância.[15] Analisando os efeitos especiais da publicidade registral, referirá o caso da publicidade-notícia, "em que se não verifica um dos efeitos considerados como mínimos para a publicidade: a eficácia em relação a terceiros". E segue o autor português:

"A publicidade-notícia, ou seja, aquela que não exerce qualquer efeito sobre a eficácia do fato registrado, tem-se vindo a tornar excepcional. A publicidade tende a possuir como efeito mínimo a oponibilidade em relação a terceiros, e é essa a regra quase geral no nosso direito". E remata: "A publicidade-notícia está hoje em franca decadência, inclusive no país que, durantes longos anos, dela fez tipo fundamental da publicidade: a França".[16]

Até o advento da Lei 8.935, de 1994, que alterou o art. 659, § 4.º, do CPC, as constrições judiciais ingressavam no registro tão-somente com escopo de advertimento e cautela de terceiros. Considerava-se que os efeitos da publicidade se limitavam justamente à propagação dos atos processuais e se radicavam no registro para mera cognoscibilidade de terceiros. Era o típico exemplo de publicidade-notícia.

Ora, o registro da penhora ganha relevância a partir das reformas no direito processual pátrio, com maior desenvolvimento a partir de 1994. Confirma-se o papel relevante da inscrição premonitória e se torna nítido que o seu efeito é constituir em estado de má-fé o terceiro adquirente que inscreveu o seu direito após a inscrição.[17]

No mesmo sentido Afrânio de Carvalho:

"A premonição de riscos à propriedade completa a defesa desta, implícita na instituição do registro, trazendo ao âmbito deste a ameaça sobrevinda em razão de pretensões, quer de tomada do imóvel para satisfação de dívida, quer de negação do seu título de senhorio. A inscrição dos títulos correspondentes a esses atos judiciais (penhoras, arrestos, seqüestros; citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias) informa do estado litigioso do bem a eventuais adquirentes, a fim de caracterizar-lhes a má-fé da aquisição, cumprindo notar, quanto à da penhora, que faz prova da fraude de qualquer negócio – transação, diz a lei – posterior (Lei 6.015, de 1973, art. 240)".[18]

O mesmo Afrânio de Carvalho indicará, de passagem, que os atos constritivos judiciais se aperfeiçoam no ofício imobiliário por meio de registro.[19]

14. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registos*. Coimbra: Almedina, 1966. p. 117.
15. Idem, ibidem, p. 116.
16. Idem, ibidem, p. 333.
17. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado...* cit., v. 2, p. 417, n. 401.
18. CARVALHO, Afrânio. *Registro de imóveis*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 101.
19. Idem, ibidem, p. 83, especialmente p. 150, na qual se destaca que "a inscrição preventiva possui eficácia declarativa".

Mas outros argumentos poderiam ser aduzidos. Por exemplo, na penhora decorrente de execução fiscal, prevista no art. 7.°, IV, c/c o art. 14 da Lei 6.830, de 1980, persiste a exigência de registro *stricto sensu*, consentâneo com a natureza do ato a ser inscrito e com os arts. 167, I, 5, e 240 da Lei 6.015/73. A regra, aplicável à penhora trabalhista, por analogado do art. 186 do CTN, também reclama o ato de registro.

Portanto, salvo melhor juízo, o acesso da penhora ao Registro, gerando efeitos de oponibilidade do ato judicial a terceiros, mormente após a reforma do Código de Processo Civil, tal ato, coerentemente com a tradição do direito registral pátrio e em atenção aos aspectos que o afastam da singela posição de acessoriedade (ou das hipóteses de publicidade-notícia), tal ato, como dizia, se aperfeiçoa no álbum imobiliário por meio de registro.

Encerro esta pequena exposição rendendo minhas homenagens ao Organizador, Des. Ricardo Dip, que nos tem orientado, em firme e boa doutrina, na longa trajetória de estudos sistemáticos do Direito Registral Imobiliário.

5

Processo administrativo ordinário no juízo corregedor

VICENTE DE ABREU AMADEI

Juiz auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo.

RESUMO: O autor procede à investigação do processo administrativo em seus aspectos gerais, avançando depois para uma análise dos processos administrativos manejados pelo Poder Judiciário, notadamente os que tramitam no âmbito das Corregedorias Permanente e Geral que tenham por objeto temas atinentes ao Registro de Imóveis, detendo-se, ao final, nas hipóteses procedimentais específicas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo administrativo – Juízo Corregedor – Registro de imóveis.

ABSTRACT: The author proceeds the investigation of the administrative lawsuit in its general aspects moving forward later for an analysis of the administrative lawsuit handled by the Judiciary Power especially the ones that go through the range of Permanent and General Justice Administration which have as object concerning themes to the Real Estate, stopping at the end, in the specific proceeding hypotheses.

KEYWORDS: Administrative lawsuit – General Justice Administration Judge – Real Estate Registry.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Do processo (gênero) ao processo administrativo (espécie) – 3. Da síntese elementar do processo administrativo: 3.1 O extrato do direito positivo; 3.2 O extrato da doutrina e da jurisprudência; 3.3 A suma prática do processo administrativo: 3.3.1 Oficialidade; 3.3.2 Flexibilidade formal; 3.3.3 Controle administrativo e autotutela; 3.4 A chave hermenêutica e o primado do direito – 4. Do processo administrativo no Poder Judiciário – 5. Do processo administrativo no âmbito do Juízo Corregedor – 6. Do processo administrativo especial referente ao registro de imóveis – 7. Do processo administrativo ordinário de registro predial quanto ao objeto: 7.1 Processo de requalificação por dissenso sobre ato de averbação; 7.2 Processo de reexame de requerimento indeferido pelo registrador: abertura de matrícula, certidão, informação etc.; 7.3 Processos de cancelamento, restauração, bloqueio e levantamento de bloqueio; 7.4 Processo de dispensa de registro especial de parcelamento do solo; 7.5 Processo de consulta em geral e feitos diversos de caráter normativo – 8. Peculiaridades do processo administrativo ordinário de registro predial quanto à forma – 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

É preciso compreender que este estudo encontra-se no foco do espírito eminentemente prático que norteia o Projeto Educartório,[1] existente no Estado de São Paulo desde 2006, a partir de esforços conjugados de magistrados, registradores e notários, por via da Corregedoria Geral da Justiça e de entidades representativas dos delegatários, com escopo de agregar capacitação pessoal, fomentar eficiência e aperfeiçoamento na prática notarial e de registro, mediante encontros, palestras, seminários, mesas-redondas... Tudo, ressalte-se, com feição pedagógica direcionada, sobretudo, à práxis, ao saber técnico, sem grandes incursões na esfera especulativa e prudencial dos saberes. Daí, por exemplo, a prevalência temática em matéria de organização dos serviços extrajudiciais, administração de cartórios, atendimento ao público, técnicas de registros e notas, especialmente perante os atuais desafios e a realidade concreta do cotidiano cartorário.

Agora, o XIII Educartório, em sua edição especial, sem perder o seu norte elementar, abre o leque para o trato da matéria concernente à segurança jurídica formal não só na esfera dos serviços delegados, mas também no âmbito do Poder Judiciário, com atenção especial ao caráter procedimental de alguns temas de registro predial.

Assim, este texto, que busca refletir e desenvolver aula ministrada naquela edição especial do Educartório, está centrado na dimensão prática dos processos administrativos que são do trato de juízes corregedores e da Corregedoria Geral da Justiça. Cuidamos, pois, (a) do processo como instrumento para efetivar direitos; (b) dos processos administrativos como ferramentas no universo da Administração Pública; e (c) dos processos administrativo-judiciais, enfim, sob a perspectiva de sua compreensão elementar e de suas peculiaridades, no único esforço de tentar contribuir àqueles que operam direta ou indiretamente nesta órbita instrumental.

2. DO PROCESSO (GÊNERO) AO PROCESSO ADMINISTRATIVO (ESPÉCIE)

De vários ângulos é possível visualizar o tema do processo e, daí, o do processo administrativo: **como relação jurídica dinâmica**,[2] como encadeamento congruente de atos preparatórios de uma decisão final,[3] como instrumento de

1. Cf. <www.educartorio.com.br>.
2. "Assim, o processo administrativo é relação jurídica dinâmica, coordenada por normas que estabelecem vínculo de segundo grau entre os sujeitos que dela participam" (Moreira, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 60).
3. É a ótica do processo enquanto *iter* preparatório de decisões, "atos coordenados para obtenção de decisão" (Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 559), ou ainda, no âmbito administrativo, como "sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo" (Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 446), comumente invocada para expressar a acepção ampla de processo e de processo

garantias de direitos individuais, de tutela dos administrados entre si e diante da Administração[4] etc.

Diante do fim eminente prático deste estudo, prefiro, nesta primeira abordagem, enfatizar apenas dois ângulos de visão:

a) primeiro, a utilidade de compreender o processo a partir de sua raiz etimológica – de "processu(m), cognata do verbo procedere", que "significa ir para diante, marchar para frente, avançar, progredir"[5] –, pois ela conduz a idéia de processo como meio ou caminho dinâmico a determinado fim ou meta (método), como "forma, instrumento, modo de proceder"[6] na mira de determinado alvo, ao qual se projeta para atingir;

b) segundo, a relação entre gênero e espécie que há entre processo (e direito processual) e processo administrativo (e direito processual administrativo).

Francesco Carnelutti, compreendendo o processo não apenas como "mutação da realidade que se concretiza por uma sucessão de fatos causalmente vinculados", mas, sobretudo como "um método para a formação ou para a aplicação do direito", não deixa de indicar o fim, a meta ou o alvo a que está direcionado, pois aí reside seu sentido, sua razão de ser: a coisa justa e certa, promotora da paz; entenda-se: não se almeja qualquer resultado, mas o "bom resultado", ou seja, aquele em que "a justiça deve ser sua qualidade superior ou substancial" e "a certeza, sua qualidade exterior ou formal".[7] Assim, também o processo administrativo não pode ser compreendido fora da meta da *res* justa e certa, observadas, obviamente, as peculiaridades próprias do direito administrativo em que se encontra inserido (agente público competente, finalidade no interesse público fixado em lei etc.).

Por outro lado, Nelson de Souza Sampaio, com didática, destaca que no "gênero amplo do direito processual", que "revela o caráter dinâmico do ordenamento jurídico", podemos identificar três ramos: o do processo legislativo, que "diz quem participa e como deve participar na formação dos atos legislativos"; o do processo judiciário, subdividido em diferentes sub-ramos (*v.g.*, processo eleitoral, processo civil, processo penal, processo trabalhista), que "indica quais os órgãos que atuam e como devem atuar na edição de atos jurisdicionais"; o do

administrativo (cf. José Cretella Jr. *Prática do processo administrativo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 45; Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 576 e 578).

4. "Hoje, muito mais que um *iter* para a produção dos atos administrativos, o processo administrativo é um instrumento de garantia dos administrados em face de outros administrados e, sobretudo, da própria Administração" (Adilson Abreu Dallari; Sérgio Ferraz. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 25).
5. José Cretella Jr. Op. cit., p. 28.
6. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Op. cit., p. 576.
7. *Instituições do processo civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 72.

processo administrativo, "que define os órgãos competentes para emitir os atos administrativos e a forma de sua emissão".[8]

Este modo simples de compreender o fenômeno amplo do processo estatal[9] no direito, atrelando seus maiores ramos a cada um dos poderes da República (Legislativo, Judiciário e Executivo), para, então (e só então), chegar a cada um de seus sub-ramos, é, em rigor, não só de bom proveito didático, mas também encerra importante compreensão do sistema jurídico formal, descortinando significativas e elementares conseqüências, que o exame da prática dos processos administrativo-judiciais revela ser de grande utilidade.

Processo, pois, neste enfoque, é instrumento ou meio para se chegar a determinado fim: na órbita legislativa, meio à formação dos atos legislativos, pelo exercício da função legiferante; no âmbito jurisdicional, instrumento à realização da coisa justa e certa, que se deve expressar em provimentos jurisdicionais, pela função jurisdicional; na esfera administrativa, *iter* à promoção da coisa justa e certa, que se deve expressar em decisões e atos administrativos, pela função administrativa. Tudo, necessariamente, no quadro finalístico maior de direcionamento ao bem comum, que deve orientar todo movimento estatal.

É realmente importante a identificação desses três ramos do direito processual estatal, uma vez que cada um deles tem "vida normativa própria e independente, bem como finalidades distintas, que justificam a impossibilidade de aplicação de uma norma processual destinada a um ramo do direito processual a outro ramo do direito processual", ou, ao menos, sem o necessário "temperamento".[10] Assim, diante da disciplina jurídica específica de cada ramo e dos fins diversos, seus princípios e comandos não se encontram em vasos comunicantes: não autorizam, em regra, interpretação extensiva e integração por aplicação analógica de instituto e de norma jurídica de um ramo ao outro, salvo situações excepcionais, como a de lacuna "que possa culminar com a privação dos direitos protegidos pelo *due process*".[11]

8. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 2. Maria Sylvia Zanella Di Pietro também destaca essa "primeira classificação, separando, de um lado, o processo legislativo, pelo qual o Estado elabora a lei, e, de outro, os processos judicial e administrativo, pelos quais o Estado aplica a lei" (op. cit., p. 576).
9. Não se ignora que, além dos processos "estatais", há os "não-estatais", "conforme sirvam ao exercício do poder pelo Estado ou por outra entidade" (Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 2. ed., São Paulo: RT, 1990, p. 83-84, com referência à doutrina de Fazzalari). Todavia, para o fim a que se destina este trabalho, não há razão para ir além dos processos estatais.
10. *Decisões administrativas da Corregedoria Geral*. São Paulo: RT, 1992. n. 94, p. 226: caso de inaplicabilidade, em processo administrativo, das normas insertas nos arts. 84 e 246 do CPC, ou, ao menos, "com o mesmo rigor de aplicabilidade que elas têm no processo civil, sem o temperamento que se exige em processo administrativo".
11. Egon Bockmann Moreira, após lembrar que o art. 2.º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/99, vincula a atividade processual administrativa à "atuação conforme à lei e o direito", o que "dá conteúdo específico ao princípio do devido processo legal", destaca, para a "hipótese de não existir norma legal expressa e a Admi-

Quem pensa aplicar norma de processo civil para o processo legislativo? Alguém já viu agravo de instrumento no trâmite de um projeto de lei? Recurso especial ou extraordinário contra decisão do Tribunal de Impostos e Taxas? Portaria de juiz para dar início ao processo penal?

É, pois, óbvio e da lógica jurídica que não há como unificar o processo estatal, desconsiderando cada um de seus ramos. No entanto, se assim é, por que, então, busca-se, com tanta freqüência, aplicar institutos, recursos e regras próprias do processo civil, em processo administrativo do Juízo Corregedor, Permanente e Geral, e até em processos administrativos de tramitação perante os registradores imobiliários?

É preciso, pois, logo na saída deste estudo, separar essas esferas, porque suas bases e fins são completamente distintos, consignando-se que, quando não se tem claramente formada aquela lição elementar – de que os três ramos do direito processual estatal, em regra, não se comunicam –, desajustes, na prática, ocorrerão. E, então, os erros serão freqüentes, sobretudo, quando se está no âmbito do Poder Judiciário, sem a adequada compreensão de que lhe cabe exercer não apenas sua atividade típica (jurisdicional), mas também atividades atípicas (como a de fiscalização das serventias extrajudiciais, de caráter administrativo).

É certo que há um núcleo comum principiológico elementar de direito processual, e, por isso, não se pode deixar de reconhecer um "sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual", que permite configurar a "teoria geral do processo";[12] todavia, isso não autoriza, por si, unificação dos distintos ramos nem a quebra sistemática dos parâmetros normativos deles. É verdade, ainda, que, também em sede do Juízo Corregedor, há alguma aplicação analógica, como ocorre com a reabilitação da pena administrativa;[13] todavia, isso não afasta seu caráter excepcional.

nistração tomar iniciativa que possa culminar com a privação dos direitos protegidos pelo *due process*", o dever de aplicar "extensiva ou analogicamente, as leis processuais em vigor", tal como as regra de processo civil em "casos de discussão a respeito de direitos disponíveis do particular – propriedade, contratos etc." e as de processo penal "quando o processo envolver a aplicação de penalidades contratuais ou funcionais" (op. cit., p. 284-285 e nota 237). José Cretella Júnior alude à analogia no direito administrativo disciplinar (op. cit., p. 96 e ss.).

12. Cândido Rangel Dinamarco. Op. cit., p. 76.

13. "Nada obstante a ausência de previsão legal, a tradição desta Egrégia Corregedoria Geral da Justiça consolidou entendimento de que, por aplicação analógica, o instituto de direito penal da reabilitação (arts. 93 a 95 do CP) comporta transposição ao direito administrativo-disciplinar dos notários e registradores, "diante da semelhança (não identidade) que há entre a punição penal e a punição administrativa, especialmente no que tange à sua finalidade corretiva do comportamento agente punido" (*v.g.*, *Decisões administrativas da Corregedoria Geral*, São Paulo: RT, 1992, n. 162, em que consta a referência histórica aos precedentes). Após a edição da Lei 8.935/94, perdurou o mesmo entendimento, que consta com previsão nas Normas do Pessoal das Serventias Extrajudiciais, para reabilitação

Vale a pena, então, sublinhar, com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que "cada um dos processos estatais está sujeito a determinados princípios próprios, específicos, adequados para a função que lhes incumbe. Não podem ser iguais o processo legislativo e o processo judicial, e um e outro não podem ser iguais ao processo administrativo" (op. cit., p. 576).

3. DA SÍNTESE ELEMENTAR DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Fixada a primeira lição prática de que processo administrativo é caminho, *iter* dinâmico, direcionado a fim ou meta própria, com incidência de princípios e normas jurídicas específicas, no quadro da função pública – sem confusão, pois, com disciplina de outros ramos do processo estatal, incluso o do processo judiciário (civil, penal, trabalhista etc) –, importa destacar, em breve síntese, os seus traços essenciais, antes de mergulhar em seu trato no âmbito do Poder Judiciário.

Ênfase, pois, não se pode deixar de dar ao núcleo comum principiológico de processo estatal, bem como às normas constitucionais e às leis gerais de processo administrativo, quer a federal (Lei federal 9.784/99), quer a paulista (Lei estadual 10.177/98); este, todavia, não é o momento para o discurso teórico e exaustivo da matéria, razão pela qual bastam, aqui, poucas considerações qualificadas como úteis ao trato cotidiano do processo administrativo.

3.1 O extrato do direito positivo

Assim como não se trata de Administração Pública sem referência aos princípios de "legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (art. 37 da Constituição da República) nem de direito processual sem foco nos princípios de "devido processo legal, contraditório e ampla defesa" (art. 5.º, LIV e LV), não se pensa o instituto híbrido do processo administrativo, sem igual menção àqueles cânones maiores, acentuando-se, ademais, que sua lei geral federal ainda lhe agrega outros seis princípios – os de "finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público" (art. 2.º da Lei 9.748/99) – e indica (parágrafo único do art. 2.º da Lei 9.748/99) a necessidade de observâncias aos critérios de: "I – atuação conforme a lei e o direito; II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII – indicação

de penas disciplinares de repreensão, multa e suspensão (Provimento CG 5/96, Capítulo V, itens 11 e seguintes) e não faltaram deferimentos de reabilitações de reprimendas aplicadas a Delegados (Protocolados CG 31.436/95, 10.667/99 e 29.033/2003)" (Prot. CG 47.512/2005, parecer de 12.01.2006).

dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI – proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII – impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação".

A lei bandeirante de processo administrativo (Lei estadual 10.177/98), de modo mais concentrado, enuncia os princípios de "legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos" (art. 4.º), indica um norte principiológico interpretativo – "norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige" (art. 5.º) –, e enfatiza a necessidade de observância ao princípio da reserva legal na criação de "condicionamentos aos direitos dos particulares", na imposição de "deveres de qualquer espécie" aos administrados, na previsão de "infrações" e prescrição de "sanções" (art. 6.º).

3.2 O extrato da doutrina e da jurisprudência

Em doutrina, além dessas diretrizes expressas em nosso direito positivo, ainda se colhe atenção e destaque aos princípios de "oficialidade", "informalismo", "verdade material", "atipicidade", "pluralidade de instâncias" (ou "duplo grau de jurisdição administrativa"), "economia processual", "participação popular", "isonomia" (ou "igualdade") e "boa-fé".[14]

Na jurisprudência, então, o leque principiológico ainda pode ser ampliado. Confira, exemplificativamente:

a) "O princípio da instrumentalidade das formas, no âmbito administrativo, veda o raciocínio simplista e exageradamente positivista. A solução está no formalismo moderado (...)" (STJ, ROMS 8.005/SC, *DJU* 2.5.2000, p. 150, *JSTJ* 17/353, *RSTJ* 136/458);

b) caso de ofensa ao "princípio do juiz natural", por vício de instauração em processo administrativo disciplinar (STJ, EDcl no MS 63.648-8/2005, *DJU* 27.08.2007, p. 187);

c) "O *princípio da autotutela administrativa* aplica-se à Administração Pública, por isso que a possibilidade de revisão de seus atos, seja por vícios de ilegalidade, seja por motivos de conveniência e oportunidade, na forma da Súmula 473, do E. STF" (STJ, REsp 658.130/SP, *DJU* 28.09.2006, p. 195);

14. Hely Lopes Meirelles. Op. cit., p. 560-563; Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 936-938; Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Op. cit., p.582-590; Egon Bockmann Moreira. Op. cit., p. 69-356. Adilson Abreu Dallari; Sérgio Ferraz. Op. cit., p. 63-110.

d) necessidade de respeito ao "princípio da inadmissibilidade da prova ilícita" em processo administrativo disciplinar, considerando-se ilícita prova apoiada na quebra de sigilo funcional, sem previa autorização judicial (STJ, RMS 8.327/MG, *DJU* 23.08.1999, p. 148, *JSTJ* 10/407, *LEXSTJ* 125/93);

e) garantia ao "princípio formal da vinculação ao processo", em processo administrativo licitatório (STJ, MS 5.601/DF, *DJU* 14.12.1998, p. 81, *JSTJ* 2/92, *RSTJ* 119/57);

f) "Ignorar, no âmbito do *processo administrativo*, a força normativa do *princípio* da razoabilidade, enquanto mecanismo viabilizador do controle dos atos *administrativos*, significa incorrer, a rigor, em afronta ao próprio *princípio* da legalidade" (STJ, RMS 12.105/PR, *DJU* 20.06.2005, p. 174, *RNDJ* 69/108).

3.3 A suma prática do processo administrativo

Foge ao objetivo prático, que reclama concentração, discorrer sobre cada um desses vários e importantes princípios e critérios normativos; por isso, deste universo, destaco apenas três cânones maiores que se apresentam de aguda utilidade no contexto dos processos administrativos em geral: oficialidade, flexibilidade formal e controle administrativo de legalidade.

3.3.1 Oficialidade

A boa e clássica síntese de Miguel Seabra Fagundes – administrar é "aplicar a lei de ofício"[15] –, por si, indica que inércia não combina com processo administrativo, quer em seu surgir (iniciativa), quer em seu devir (movimento), quer em seu revir (revisão).

Isso, obviamente, não exclui a instauração de processos administrativos por provocação de particulares nem o arquivamento de alguns por desinteresse dos interessados que não atendem às determinações da Administração. Aliás, alguns processos administrativos especiais sequer excluem a necessidade de rogação do interessado para a prática de determinados atos administrativos (*v.g.*, processos destinados aos registros públicos ou ao protesto de títulos e documentos de dívidas).

A lição prática que convém sublinhar, por extração do princípio de oficialidade, é o fato de que, em processo administrativo, a Administração "não age como terceiro (...), mas como parte que atua no interesse e nos limites que lhe são imposto por lei". Destaquem-se desse ensino, então, como conseqüências igualmente práticas, para os processos administrativos em geral:

a) referência aos integrantes da relação processual administrativa como "interessados", não como "partes";[16]

15. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 3.
16. Até em sede de dúvida registrária, como se colhe, por exemplo, nas palavras do Ministro Thompson Flores: "A dúvida constitui processo de natureza administrativa, e a decisão nela proferida reveste-se, por igual, de conteúdo materialmente administrativo (Lei 6.015/73, art. 204). Esse processo – no qual inexiste

b) "gratuidade", exceto previsão legal, e inaplicabilidade do "princípio da sucumbência";[17]

c) ausência de "caducidade de instância" e de "extinção por decurso do tempo", salvo previsão legal expressa;[18]

d) não extinção automática ou necessária do processo por desistência ou renúncia do interessado;[19]

e) desnecessidade de representação por advogado,[20] observada a facultatividade da defesa técnica, salvo exceções legais, como o processo administrativo disciplinar (Súmula 343 do STJ) e processo de dúvida registrária a partir da sentença de primeiro grau, ou seja, para apelar.[21]

3.3.2 Flexibilidade formal

Embora a doutrina clássica o denomine como princípio do *informalismo*[22] procedimental, parece mais adequada sua compreensão como flexibilidade formal, lembrando, com o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, que o "formalismo, ainda que moderado, não se há de desprezar, mesmo que a pretexto de homenagear o princípio da eficiência, na atividade administrativa"; afinal, não pode ser olvidada a advertência de Agustín Gordillo, dando conta de que, via de regra, "o *informalismo* é a porta de entrada para a arbitrariedade" (*Tratado de derecho administrativo*, 2. ed., Buenos Aires: Macchi, t. 2, p. 2230 e ss.).[23]

Assim, flexibilidade formal ou formalidade temperada norteia o processo administrativo, especialmente aquele classificado como comum ou ordinário, sem previsão normativa especial.

ação, mas simples pedido, *onde figuram interessados, e não partes*, e em que não há lide, mas mera divergência entre o apresentante do título, que pretende o seu registro, e o Oficial registrador, que se recusa a efetuá-lo – apresenta-se destituído de caráter jurisdicional, não se ajustando, por isso mesmo, ao conceito constitucional de causa" (*RTJ* 50/196 – o realce não é do texto original).

17. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Op. cit., p. 577 e 585. Confira, no âmbito da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo: Processos CG 745/2005 e 614/2006 (não incidência de custas processuais ou da taxa judiciária) e Processo CG 139/2007 (inadmissibilidade de condenação em verbas de sucumbência: custas e verba honorária).
18. Hely Lopes Meirelles. Op. cit., p. 561.
19. Art. 51, § 2.º, da Lei 9.784/99, que, nas palavras de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, é a "maior evidência do princípio da oficialidade" (op. cit., p. 108).
20. Protocolado CG 52.000/2005.
21. Egon Bockmann Moreira. Op. cit., p. 351-353. CSM-SP: Apelações Cíveis 035160-0/0-Santos, 018207-0/1-General Salgado e 125-6/2-Catanduva.
22. Confira, a título exemplificativo, a lição de Hely Lopes Meirelles: "O princípio do *informalismo* dispensa ritos sacramentais e formas rígidas para o *processo administrativo*, principalmente para os atos a cargo do particular. Bastam as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental" (op. cit., p. 561).
23. STJ, REsp 446.020, *DJU* 08.11.2005.

O reflexo prático desse princípio cristaliza não só maior simplificação e agilidade ao processo administrativo, mas também alerta o zelo que se deve ter para não se incidir no grave erro de transpor ao processo administrativo os rigores formais do processo judiciário, e, ainda, na máxima *pas de nullité sans griefe*, evitando-se nulidade por razão formal da qual não decorra real prejuízo aquele que a invoca. Ademais, sua leitura amarrada ao "espírito de benignidade" (em "benefício do administrado"), sinaliza que "por defeito de forma" não se deve rejeitar "atos de defesa e recursos mal-qualificados",[24] observando-se que, na esfera da Corregedoria Geral da Justiça, são inúmeros os exemplos de aplicação dessa diretriz, tal como o conhecimento de "apelação" (incabível em sede administrativa) como "recurso administrativo" (cabível, nos termos do art. 246 do Código Judiciário).[25]

3.3.3 Controle administrativo e autotutela

Por fim, convém menção ao controle administrativo de "legalidade objetiva"[26] e ao princípio da autotutela,[27] que expressam o rigor de vinculação à lei que envolve toda Administração Pública, justificando a revisão do ato pela própria autoridade que o emitiu ou por seu superior – autotutela ou controle hierárquico –, ou, ainda que hierarquia propriamente dita não haja, pelo exercício de função administrativa de fiscalização, como ocorre em relação aos serviços públicos delegados (*v.g.*, o caso dos serviços notariais e de registro, fiscalizados pelo Poder Judiciário), em controle administrativo fiscalizatório; tudo, para que o império da lei prevaleça.

Esse controle administrativo de legalidade não é alheio ao âmbito processual administrativo, entenda-se, também incide sobre os atos processuais (de instauração, de movimentação e de decisão) e, daí, ao ato administrativo conseqüente, a que se reporta o processo administrativo. Logo, especialmente para o controle do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, não raramente observam-se julgados administrativos com aplicação desse controle, como, a título ilustrativo, pode-se colher na ApCív 667-6/5-Ribeirão Pires, j. 19.04.2007, rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, *DOE* de 29.06.2007: "inobservado o procedimento legal, com afronta ao princípio do contraditório, deve-se reconhecer a nulidade do processo, a partir do momento em que deveria ter sido juntada a impugnação do Recorrente, e da sentença prolatada na seqüência. Como já decidido por este Colendo Conselho Superior da Magistratura, em acórdão da lavra do eminente Des. Sérgio Augusto Nigro Conceição, então Corregedor Geral da Justiça: 'Registro de Imóveis – Dúvida – Inobservância do procedimento legal – Impugnação que somente foi juntada aos autos depois do julgamento, embora

24. Hely Lopes Meirelles. Op. cit., p. 561.
25. Confira, a título exemplificativo: Processos CG 494/2006, 849/2006, 1.067/2006, 1.040/2006, 25/2007, 117/2007, 276/2007, 278/2007.
26. Hely Lopes Meirelles. Op. cit., p. 560.
27. Lembre-se que "controle administrativo" é gênero do qual são espécies "a tutela, o controle hierárquico e a autotutela" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Op. cit., p. 452).

tempestivamente apresentada – Nulidade da decisão – Recurso provido. (...) Suscitada a dúvida, é imperativa a ciência ao interessado e a oportunidade para que apresente eventual impugnação. Silente o interessado a dúvida será prontamente julgada, independentemente de outras providências. Impugnada a dúvida, no entanto, será ouvido o Ministério Público, seguindo-se o julgamento. Referido procedimento não foi obedecido no caso destes autos, pois não obstante tenha a interessada no registro impugnado a dúvida no prazo legal, sua impugnação não foi prontamente juntada aos autos, o que somente se deu após a decisão da MM. Juíza Corregedora Permanente. Não foram apreciados pela r. decisão recorrida, por tais razões, os argumentos constantes da impugnação, o que impõe o reconhecimento da nulidade da decisão, e o retorno dos autos para novo julgamento pelo Juiz Corregedor Permanente' (ApCív 54.642-0/0 – j. 28.10.1999)".

Outrossim, o controle administrativo de legalidade e o princípio da autotutela são consagrados na jurisprudência e cristalizados nas Súmulas 346[28] e 473[29] do STF, observando-se, no entanto, que isso não justifica prática abusiva desse poder-dever da Administração, especialmente quando consolidadas situações jurídicas em favor de administrados, conforme atestam a doutrina e a jurisprudência:

a) "não cabe à Administração Pública invalidar ato administrativo que tenha servido para a prática de outro, como é o caso do ato de aprovação de loteamento que atende, juntamente com os demais documentos, às exigências para o registro": "uma vez registrado o loteamento, não é dado à Administração Pública promover sua extinção mediante anulação ou revogação do ato de aprovação, salvo judicialmente";[30]

b) "a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais", mas "poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal";[31]

c) inadmissível o cancelamento administrativo de registro de loteamento regularizado, diante de situação de fato consolidada e do interesse coletivo de proteção dos adquirentes,[32] ou em atenção à "necessidade de proteção à segu-

28. "A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos".
29. "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, (...)".
30. Diógenes Gasparini. Op. cit., p. 19. Situação diversa, aliás, ocorre quando a aprovação do loteamento é anulada antes do registro (ainda que após a prenotação), que, por conseqüência, o inibi (Processo CGJ 451/2006).
31. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Op. cit., p. 219, com referência (p. 220) à doutrina de Seabra Fagundes, Miguel Reale e Regis Fernandes de Oliveira, destacando exemplo deste último de aprovação ilegal de loteamento em terras municipais urbanizado e consolidado há longo tempo.
32. Processos CGJ-SP 13/88 e 41/88 (casos em que não foi colhida a anuência da antiga Secretaria dos Negócios Metropolitanos, em regularização de loteamentos).

rança jurídica e ao terceiro de boa fé", ainda que casada a licença que já havia gerado "efeitos concretos e consolidado situações";[33]

d) "não é absoluto o poder do administrador, conforme insinua a Súmula 473", pois "deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular" (STJ, EDcl no REsp 658130/SP, rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 09.08.2007, p. 311);

e) "a invalidação, pela Administração Pública, de ato *administrativo* que tenha repercussão no âmbito dos interesses individuais, deve ser precedida pelo devido *processo* legal, assegurando-se a ampla defesa e o contraditório" (STJ, REsp 446020, decisão monocrática do Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJU* 08.11.2005).

Respeitados, então, esses postulados básicos que norteiam o controle administrativo de legalidade, cumpre apontar o seu reflexo prático no âmbito do processo administrativo, que se expressa, de um lado, como regra, na irrecorribilidade das "decisões administrativas interlocutórias" (incabível recurso de "agravo"), e, de outro, na possibilidade de "revisão de ofício dos atos ilegais" que compõe o processo administrativo; tudo, num quadro maior em que, por princípio, não há "preclusão" nem "coisa julgada" na esfera processual administrativa, ou, ao menos, com a mesma feição do processo judiciário.

Sem caráter jurisdicional, decisão proferida em processo administrativo "não adquire qualidade de coisa julgada"[34] e, por isso, ainda quando não se conheça de recurso administrativo interposto por intempestividade, por exemplo, "não se pode descuidar do poder-dever de revisão *ex officio*".[35] Pela mesma razão, nada obsta renovar pedido administrativo anteriormente indeferido para reapreciação.[36]

Todavia, cumpre destacar que, embora "coisa julgada administrativa" seja "conceito usualmente refutado, devido à possibilidade de revogação e anulação dos atos administrativos (...), não podem ser desprezados os efeitos preclusivos das decisões administrativas – no sentido de vincular a Administração e conferir segurança e estabilidade ao processo administrativo"[37] –, não faltando atualmente sequer menção à "coisa julgada administrativa" para situações em que "é defeso à Administração alterar seu posicionamento".[38] Ademais, agora, diante do art. 54, § 1.°, da Lei 9.784/99, que prescreve o prazo decadencial de cinco

33. CSM, ApCív 26.842-0/2 (caso em que a Secretaria do Meio Ambiente "*cassou*" a licença de sua antecessora [SNM]).
34. *RTJ* 50/196, rel. Min. Thompson Flores (caso referente à dúvida registrária).
35. Processo CG 756/2006, com referência a outros feitos (Processos CG 106/92, 03/94), destacando-se que as "decisões proferidas pelos Juízes Corregedores Permanentes, que, aliás, por serem administrativas, não estão cobertas pela coisa julgada (v.g,. Processos CG 794/05, 215/06, 600/06 e 804/06)".
36. Processos CG 794/2005, 600/2006, 898/2006 e 917/2006.
37. Egon Bockmann Moreira. Op. cit., p. 338.
38. TRF 4ª Reg., R.REO 16.456-PR, *DJ* 07.02.2001, p. 108, referido por Egon Bockmann Moreira (op. cit., p. 339), entre outros julgados destacados na nota 333 de seu livro.

anos para anulação dos atos administrativos, esse entendimento é reforçado (cf. STJ, EDcl no REsp 658.130/SP, rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 09.08.2007 p. 311), embora sem atribuição de efeito retroativo: "(...) a Lei 9.784/99, ponderando os princípios da legalidade e da segurança jurídica, submeteu a prazo decadencial qüinqüenal o exercício da autotutela, no âmbito do Poder Público", mas "não há como atribuir-lhe incidência retroativa" (STJ, REsp 793.781, decisão monocrática do Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* 30.08.2007).

3.4 A chave hermenêutica e o primado do direito

Parece oportuno, por fim, não finalizar este capítulo sem destaque ao primado do direito, como regra de ouro ou interpretação-chave, que tem colorido normativo especial em matéria processual administrativa.

O primado do direito é a submissão não só à lei, mas à coisa justa, que se impõe na singularidade do caso.

A Constituição alemã (art. 20.3)[39] expressa a submissão do poder legislativo à constituição e dos poderes executivo e judicial à lei e ao direito; a Constituição espanhola de 1978 (art. 103.1)[40] prescreve que a Administração deve atuar com plena sujeição à lei e ao direito. Agora, no Brasil, a Lei 9.784/99 prevê aos processos administrativos, como primeiro critério de observância necessária, a "atuação conforme a lei e o direito" (art. 2.º, parágrafo único, I).

Por que não basta atuação conforme a lei? O que se deve entender por "*direito*"?

É certo que o Estado de Direito do século XIX não é o mesmo dos séculos XX e XXI, na medida em que a fisionomia de "estado de Lei" cede a de "estado de Constituição", bem como que isso resulta não só em "mudança da supremacia legal pela constitucional", mas também na "atitude dos juízes"[41] e, porque não dizer, também da Administração, enquanto conduz e decide o processo administrativo em conformidade não só com a lei, mas também com o "direito". É certo, ainda, que essa mudança não rompe a bitola do formalismo jurídico nem supera o positivismo que corre nas veias do Estado Moderno e do Estado Pós-moderno, alterando apenas seu aspecto.[42]

39. "Die Gesetzgebung ist na die verfassungsmässige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden" ("O Poder Legislativo está submetido à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judicial, à lei e ao direito").
40. "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los princípios de eficacia, jeharquía, descentralización y coordinación, con sometimiento pleno a la ley e al Derecho" ("A Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização e coordenação, com submissão plena à lei e ao direito").
41. Antonio-Carlos Pereira Menaut. *Rule of law o Estado de Derecho*. Madri: Marcial Pons, 2003. p. 61-95.
42. Trocar a lei pela Constituição, pelas Declarações de Direitos Humanos, pela decisão judicial, em rigor, não supera o positivismo jurídico reinante; apenas

No entanto, não se pode deixar de reconhecer que essa referência à atuação conforme o "direito", como algo diverso da "lei", importa "introdução de elementos jusnaturalisticos ou, ao menos, suprapositivos",[43] que provoca o interprete a não se desviar do fim maior do Estado (e, por isso, da Administração e do processo administrativo), que é o "bem comum que a lei, em sua literalidade, muitas vezes não atinge, sendo imprescindível que não se olvide do direito".[44]

Atenção, pois, ao primado do direito, como chave hermenêutica, que reclama, também em processo administrativo, consideração àquilo que é devido ao outro por justiça, no foco maior do bem comum; porém, cuidado, pois justiça e bem comum não decorrem do arbítrio subjetivo nem de elementos racionais e abstratos, mas sim da leitura racional da natureza das coisas em sua realidade (concreta, singular e histórica). E, por isso mesmo, reclama a revitalização do direito natural clássico (da tradição greco-romano-cristã), para não se perder em emaranhado de conceitos e princípios ocos, e, assim, compreender que "sem direito natural não há verdadeiro Estado de Direito", mas apenas "positivismo jurídico", em que "o Estado de direito perde toda a riqueza do seu conteúdo".[45]

Eis aí a interpretação teleológica maior de todo processo administrativo, sua primeira chave hermenêutica, sua fundamental orientação teórica, prática e, hoje, legal (art. 2.°, parágrafo único, I, da Lei 9.784/99): apreço ao primado do direito, à atuação não só em conformidade com a lei, mas, sobretudo, com a coisa justa, que se impõe observar na direção do bem comum e no respeito à realidade de cada caso, nos limites, obviamente, da função administrativa.[46]

4. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO PODER JUDICIÁRIO

Embora se possa dizer que tenha sido "Aristóteles quem, antes de qualquer outro, fez a distinção dos vários poderes do Estado – o Legislativo, o Executivo

desloca seu ponto de atenção. Mas, na essência, a visão positivista de que o Estado, com a Lei (ou, com a Constituição, com este ou aquele Tratado Internacional, ou, ainda, com a decisão judicial), tudo pode, perdura. Confira, para maior desenvolvimento da matéria, o que já escrevi em *Urbanismo realista*, Campinas: Millenium, 2006, p. 7-16.

43. Antonio-Carlos Pereira Menaut. Op. cit., p. 73.
44. Arnaldo Esteves Lima. *O processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 10.
45. José Pedro Galvão de Sousa. *Direito natural, direito positivo e Estado de direito*. São Paulo: RT, 1977. p. 125 e ss.
46. E de modo especial em sede notarial e de registros (e respectivas decisões de controle de legalidade do Juízo Corregedor), quando os limites da função administrativos são ainda mais estreitos, pois circunscritos a segurança jurídica formal, vale dizer, quando se tem em mira que a sua *res justa* é a própria *res certa*, como enfatiza Ricardo Dip: "(...) o certo e reto do registro se obtêm exclusivamente com metódica formal. Não é que o registro não tenha por escopo a realização do que é justo, mas é que o seu justo está conformado pela certeza ou, mais bem dito, pela segurança jurídica (uma objetivação) (...)" (Inexatidão retificações e cancelamento de registro, *RDI* 48/61).

e o Judiciário",[47] não foi dele, mas de Montesquieu, o erro de separá-los sob a vã esperança de limitação do poder do Estado pelos poderes do próprio Estado, em fisiologia política abstrata, individualista e antinatural, por desprezo dos poderes sociais, desconsiderando que "só pelo revigoramento dos grupos sociais e das autoridades que os representam será possível limitar efetivamente o poder do Estado, mantendo-o na órbita do bem comum que o legitima. A questão não está em 'separar' ou 'dividir' o poder político – todo poder precisa de unidade! – mas em reconhecer os poderes sociais, capazes de tutelar os interesses dos grupos autônomos em face do Estado".[48]

O que importa, todavia, destacar é que os poderes da República – Legislativo, Executivo e Judiciário –, quanto às funções que exercem, não são puros, mas apenas preponderantes: "a cada um deles correspondendo uma função que lhe é atribuída com precipuidade", não com "privacidade", "uma vez que todos os Poderes têm necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento, e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder".[49] Em outras palavras, na lição de Seabra Fagundes, "assim como há atos legislativos, por natureza, que emanam dos Poderes Executivo e Judiciário, também existem atos materialmente administrativos, que não são praticados pela Administração Pública e sim pelos órgãos legislativo e judicante".[50]

Daí, então, costuma-se dizer que cada um dos poderes tem sua função típica (preponderante ou precípua), mas também exercem funções atípicas. Assim é no Poder Judiciário: embora sua atividade típica seja a prestação jurisdicional, também exerce funções atípicas legiferantes e administrativas.

Logo, no Poder Judiciário também existem processos administrativos, alheios à função jurisdicional, e, por conseqüência, ao processo judiciário.

Isso é de fácil constatação quando se está diante de expediente interno de controle de funcionários (freqüências, faltas, férias, licença-prêmio etc.), de processo administrativo disciplinar, de licitação ou de concurso público, por exemplo; todavia há processos administrativos em que a fronteira que o aparta dos feitos jurisdicionais não é tão perceptível, o que ocorre, não raramente, em relação àqueles da esfera correcional dos serviços notariais e de registros públicos, como são alguns destinados à retificação, cancelamento ou bloqueio de registro, à revisão de atos praticados por notários e registradores em controle de legalidade, por exemplo.

O que parece oportuno enfatizar é que, em relação aos mencionados serviços públicos extrajudiciais delegados, o Poder Judiciário exercer função de fiscalização (art. 236, § 1.º, da CR), que é de natureza administrativa, pois atividade de fiscalização é atípica do Poder Judiciário, e não típica, como é a prestação jurisdicional, por meio de processo judiciário.

47. Giordio Del Vecchio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antonio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 50.
48. José Pedro Galvão de Sousa. *Política e teoria do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 115.
49. Hely Lopes Meirelles. Op. cit., p. 61.
50. Op. cit., p. 29.

A confusão das esferas (jurisdicional e administrativa), em matéria notarial e de registro, diante de feitos em trâmite no Poder Judiciário, em que os operadores de direito incidem com freqüência, ademais, é compreensível, pelo menos por três fatores:

a) primeiro, a especificidade da matéria, praticamente desconhecida, cuja raiz da ignorância remonta a grade curricular universitária, que prioriza o estudo jurídico na perspectiva das patologias sociais (lide, ação, processo; crime, ilícito civil, ato infracional; dano, responsabilidade, indenização, pena...), sem adequada atenção ao direito preventivo (especialmente ao direito preventivo formal);

b) segundo, ao fato que de há feitos de similares objetos nas duas esferas, como são, por exemplo, os de retificações e cancelamentos de registros, ora no âmbito administrativo (v.g., arts. 110, 213 e 214 da Lei de Registros Públicos), ora no âmbito jurisdicional (v.g., arts. 109, 212, parágrafo único, e 216 da Lei de Registros Públicos);

c) terceiro, pela indevida imprecisão de conceitos, normas legais e orientações, que não marcam as fronteiras daquelas esferas, ou, ao menos, não as delimitam com clareza, o que exige, por vezes, aguda interpretação para se atingir a correta solução, tal como se pode observar na confusão entre processos administrativos (sentido próprio, pois no âmbito da Administração) e processos de jurisdição voluntária (também designados "*administrativos*", embora no âmbito do Juízo Comum),[51] na dificuldade em saber a que juiz (ou juízo) – o corregedor, na função administrativa, ou o juiz de direito, na função jurisdicional – o legislador se reporta como competente (v.g., arts. 19, § 1.º, 38, §§ 1.º, 3.º e 4.º, 40, § 1.º, todos da Lei 6.766/79;[52] arts. 18 e 26, § 3.º, da Lei 9.492/97[53]), ou até

51. Digno de destaque é o parecer de lavra do então Juiz Auxiliar da Corregedoria, hoje Desembargador, Dr. José Roberto Bedran, com excelentes referências as doutrinas de Frederico Marques, Messina, Cristofolini, Pavanini, para conclusão de que os feitos de jurisdição voluntária, "embora não sejam materialmente jurisdicionais", são inconfundíveis com aqueles decorrentes da "função puramente administrativa", não havendo, pois, entre eles equiparação de *modus faciendi* nem de atos decisórios (*Decisões administrativas da CGJ-SP, 1983-1984*. São Paulo: RT, n. 68, Processo 131/83, p. 170-178).
52. Em sede de definição do juiz competente e até de rito, para o feito de levantamento dos depósitos em regularização de parcelamento do solo, confira a divergência de entendimento entre Theotônio Negrão, Toshio Mukai, Sérgio A. F. Couto e a orientação da Corregedoria Geral da Justiça, em parecer de lavra de Hélio Lobo Júnior (pela natureza administrativa do processo), que destaquei no artigo O registro imobiliário e a regularização de parcelamento do solo urbano, *RDI* 41/70.
53. Embora o legislador não tenha sido explícito, nestas hipóteses da Lei de Protesto, o entendimento atual tem sido no sentido de que as referências legais são ao Juízo Corregedor, que tem atribuição para rever as desqualificações do tabelião (art. 18) e os atos ilegais que praticar (o que, então, pode justificar o cancelamento administrativo), desde que a ilegalidade seja por vício procedimental ou formal, sem prejuízo da esfera jurisdicional, que é de ampla cognição (para

na mudança de orientação, como se operou em sede de impugnação ao registro de loteamento (antes no âmbito jurisdicional; hoje, administrativo).[54]

Atenção, pois, a segregação das esferas (jurisdicional e administrativa), que há dentro do Poder Judiciário, é imperativo prático elementar para boa compreensão dos processos administrativos, identificando não só o órgão competente (v.g., o juiz corregedor permanente, não o juiz de direito de determinada Vara, embora, fisicamente podem ser a mesma pessoa, especialmente nas Comarcas de Vara Única), mas também suas peculiaridades procedimentais distintas.

Mas, além deste zelo elementar, convêm também examinar neste tópico, ainda que tangencialmente, a questão da incidência e da aplicação, ou não, das leis gerais de processo administrativo na seara do Poder Judiciário.

No plano federal, dúvida não há, pois a Lei 9.748/99 expressamente resolveu o problema, ampliando seu campo de incidência para além dos processos administrativos da Administração Federal direta e indireta, ao prescrever no § 1.º de seu art. 1.º: "Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa".

Fora, no entanto, do campo de incidência dessa lei federal, os processos administrativos dos Poderes Judiciários dos Estados.

A lei estadual paulista do processo legislativo, Lei 10.177/98, por sua vez, limitou seu destino de regramento aos "atos e procedimentos administrativos da Administração Pública centralizada e descentralizada do Estado de São Paulo, que não tenham disciplina legal específica" (art. 1.º), considerando "integrante da Administração descentralizada estadual toda pessoa jurídica controlada ou mantida, direta ou indiretamente, pelo Poder Público estadual, seja qual for seu regime jurídico" (parágrafo único do art. 1.º) e, ainda determinando sua aplicação subsidiária "aos atos e procedimentos administrativos com disciplina legal específica" (art. 2.º).

Parece, pois, evidente que os processos administrativos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também estão fora do campo de incidência dessa lei estadual bandeirante.

vícios formais e materiais, inclusa a possibilidade de investigação da relação jurídica subjacente, conforme o caso).

54. Durante longo tempo, a tradição do Tribunal de Justiça foi no sentido de que a impugnação ao registro de loteamento deveria ser resolvida na esfera jurisdicional, pelo Juízo Comum (1.º grau) e Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça (2.º grau): *RT* 600/104, 650/96-97; *JTJ* 160/151-154; CSM, ApCív 36.490-0/3; Processo CG 146/83, em *Decisões administrativas da CGJ-SP*, São Paulo: RT, 1983-1984, p. 135; Processo CG 175/92, em *Decisões administrativas da CGJ-SP*, São Paulo: RT, 1992, p. 291-295. Todavia, alterada a orientação, desde o ano 2000, que prevalece atualmente, qualificando-se o processo como administrativo e, assim, de competência do Juízo Corregedor, Permanente (1.º grau) e Geral (2.º grau): CSM, Apelações Cíveis 36.490-0/3-Presidente Epitácio, 46.513-0/8-Jundiaí; CGJ, Processos 1.258/2000, 451/2006, 517/2006, 590/2006, 933/2006 e 139/2007.

Sem incidência direta das normas insertas nas Leis 9.748/99 e 10.177/98 aos processos administrativos do TJSP, fica a pergunta: poderá haver, nesse âmbito, sua interpretação extensiva ou aplicação analógica? Pela doutrina de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari,[55] apoiada em alguns julgados que enfrentaram a mesma questão em relação aos processos administrativos do Tribunal de Contas (TJSP, Órgão Especial, MS 094.552-0/1-00; STF, MS 23.550-1-DF), a tendência da resposta é positiva, na medida em que "as leis gerais de processo administrativo, ainda quando não diretamente aplicáveis, fornecem substanciosos parâmetros para decisão de casos análogos".[56] Assim, embora a questão ainda esteja aberta e carente de estudo de maior profundidade para a especificidade dos processos administrativos da Justiça Comum Estadual, não se pode ignorar que a luz principiológica do processo administrativo, em boa parte expressa naquelas leis gerais (federal e estadual paulista), não deixa de iluminar os processos administrativos em geral, inclusos os do Poder Judiciário estadual, especialmente naquilo em que não houver disciplina normativa específica.

5. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DO JUÍZO CORREGEDOR

Antonio Manuel Hespanha informa que foi com Dom Afonso III (1254 ou 1261) que surgiram os "meirinhos" com funções de inspeção administrativa e de "correição"; e, então, no Reinado seguinte (D. Afonso IV), em substituição aos "meirinhos", surgem os "corregedores", com vasta competência, "pois abrangia, quer 'feitos de justiça', quer o 'vereamento da terra': inquirir da actividade dos juízes ordinários (e também dos juízes de fora), dos tabeliães e de outros funcionários locais (...), receber queixas contra os poderosos, reprimir os "bandos" locais (...), encarregar-se da colheita de dados estatísticos sobre a região (...)".[57]

Comparando essas antigas funções dos corregedores lusitanos, com as atuais atribuições dos corregedores brasileiros,[58] parece que, na essência, não houve muita alteração: fiscalização dos serviços judiciais e extrajudiciais (notariais e de registro), que se expressa no âmbito administrativo e, portanto, por meio de processos igualmente administrativos. Assim, sempre que se estiver diante de um Juízo Corregedor, Permanente ou Geral, saiba-se que se está em exercício de função atípica do Poder Judiciário, e, por conseqüência, a disciplina normativa e os princípios específicos de processo são distintos daqueles que norteiam a função jurisdicional e o processo civil. Essa, aliás, a razão pela qual juiz corregedor permanente é especificadamente designado (não investido em jurisdição, como é o juiz de direito), com atribuição de parcela do poder administrativo

55. Op. cit., p.29-35.
56. Sérgio Ferraz; Adilson Abreu Dallari. Op. cit., p. 32.
57. *História das instituições*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 252.
58. Quanto às atribuições do Corregedor Geral da Justiça, no Estado de São Paulo, confira: art. 68 do Dec.-lei Complementar 3, de 27.08.1969, que institui o Código Judiciário do Estado de São Paulo; art. 29 da Lei estadual 3.396/82; art. 78 da Resolução 2/76; arts. 199 e 221 a 223 do Regimento Interno, todos do TJSP. Quanto às atribuições correcionais de fiscalização dos serviços notariais e de registro, confira, também, os arts. 37 e 38 da Lei 8.935/94.

correcional; daí, juiz substituto (e juiz auxiliar, também), embora investido em jurisdição, não pode exercer função correcional (inclusive aplicar pena em processo administrativo disciplinar), salvo quando estiver assumindo a Vara.[59]

Aliás, alguns sinais elementares dos feitos, de saída, já revelam essa distinção de esferas: em processo judiciário, sempre há distribuição ("Distribuidor" e "distribuição" são próprios dos feitos jurisdicionais) ao juiz de direito (e, assim, a autoridade costuma se auto-intitular em suas decisões) competente; em processo administrativo de juiz corregedor (e, deste modo, a autoridade, em regra, se auto-intitula em suas decisões), não há distribuição alguma, pois a atribuição administrativa é previa e singularmente fixada mediante designação de órgão, igualmente administrativo.[60]

Por outro lado, a função correcional demanda serviços, processos e atos administrativos correcionais, conforme a especificidade de cada uma de suas atribuições.

Assim, os processos administrativos no âmbito do Juízo Corregedor são inúmeros e, embora não seja possível aqui esgotar todo esse universo, oportuno, em perspectiva prática, a apresentação de alguns, sob a classificação tripartida dos atributos da função correcional (direção, superintendência e disciplina), que é de bom proveito para a compreensão do quadro geral.

Embora aquela classificação tricotômica dos atributos da função correcional deite raiz na estruturação hierárquica da Administração, especialmente nas doutrinas de Diogo Freitas do Amaral e Ruy Cirne Lime, bem sintetizadas por Ricardo Dip,[61] e, ainda que hoje não mais se compreenda a fiscalização dos serviços notariais e de registros delegados no contexto hierárquico (em sentido próprio), parece-nos, com respeito ao entendimento diverso, de boa utilidade aquela categorização e ainda atual a lição pretérita: "que fiscalização constitu-

59. Processo CG 238/89.

60. Daí, por exemplo, a razão pela qual Juiz Substituto não pode exercer função correcional, tal como aplicar pena em processo administrativo disciplinar, salvo quando estiver assumindo a Vara (Processo CG 238/89). Idem, para o Juiz Auxiliar.

61. Acompanhe-se, com apoio na doutrina de Diogo Freitas do Amaral (*Conceito e natureza do recurso hierárquico*, ed. 1981, v. 1) e de Ruy Cirne Lima (*Princípios de direito administrativo*, ed. 1987) a síntese que Ricardo Dip fez ao indicar os atributos do dever de fiscalização dos serviços: "*de direção* ('faculdade de dar ordens e instruções ao subalterno' – Diogo Freitas do Amaral, op. cit., p. 50; competência de 'orientar e dirigir a atividade de seus subalternos, por intermédio de atos regulamentários' – Ruy Cirne Lima, op. cit., p. 157); *de superintendência* ('faculdade de revogar e, eventualmente, modificar os actos do subalterno' – Freitas do Amaral, idem; incumbência de 'suspender ou revogar os atos administrativos, praticados pelo subalterno, quando contrários ao direito, inconvenientes ou inoportunos' – Cirne Lima, idem); e *de disciplina* ('faculdade de punir e, eventualmente, expulsar o subalterno' – Freitas do Amaral, idem; 'O superior hierárquico exercita, sobre os funcionários subalternos, ação disciplinar' – Cirne Lima, op. cit., p. 158)" – (sentença proferida em 24.04.1989, nos autos do Processo CP 233/89 – 1ª Vara de Registros Públicos da Capital).

cional, em suma, poderia efetivar o Poder Judiciário, se não lhe fora possível – nos limites da lei – por primeiro regulamentar, instruir, ordenar o serviço registrário; depois, modificar ou revogar os atos contrapostos da lei ou dos regulamentos; por fim, punir os subalternos?"[62]

Limite-se, então, a análise desses atributos no âmbito da fiscalização dos serviços delegados notariais e de registro, destacando-se, em cada um, alguns processos administrativos.

Diante da função correcional em seu atributo de (a) *direção*, com feição de orientação-normativa de caráter preventivo, destacam-se provimentos, decisões de caráter normativo em consultas (processos administrativos especiais, de rito previsto no art. 29 da Lei estadual 11.331/2002) e, ainda, em processos administrativos comuns[63] (consultas, em geral, comumente não conhecidas, podem, por exceção, em vista de sua relevância ao interesse público e, conforme juízo de conveniência e oportunidade, ser conhecidas), recomendações em atas de correição, entre outros meios.

Na categoria correspondente à função correcional de (b) *superintendência*, cujo fim é zelar pelo binômio continuidade-regularidade do serviço delegado, destacam-se os serviços de correições e visitas às unidades de serviço, os processos administrativos de saneamento de irregularidades constatadas e os de verificação de irregularidades alegadas, os serviços de gestão institucional (que abrange desde a designação de responsáveis para unidades vaga até a organização, impulso e apoio aos concursos públicos de provas e títulos destinados às outorgas das delegações, que se desdobram em vários processos e atos administrativos específicos), e, ainda, o controle de legalidade por via de processos administrativos diversos.

Por fim, quanto ao caráter (c) *disciplinar*, de escopo censório, há processos administrativos qualificados como reclamações (art. 30 da Lei estadual 11.331/2002), representações (art. 37 da Lei 8.935/94), averiguações de ofício, sindicâncias e processos administrativos disciplinares, por exemplo.

6. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL REFERENTE AO REGISTRO DE IMÓVEIS

Inúmeras são as classificações de processo administrativo,[64] mas no ângulo da praticidade, a razão é de Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, ao sublinhar

62. Ricardo Dip, sentença proferida em 24.04.1989, nos autos do Processo CP 233/89 (1ª Vara de Registros Públicos da Capital).
63. CSM, Apelações Cíveis 35.926-0/7 e 50.203-0/8.
64. "A angústia classificatória – terrível doença muito própria dos juristas – impôs, então, uma variada gama de critérios tipológicos, quase todos centrados no elemento diacrítico do conteúdo e do objeto. Falava-se, assim – por exemplo, Nelson Nery Costa –, em 'processo de expediente', 'de outorga', 'de restrições', 'de controle', 'de gestão', 'de punição' etc. Ou em 'processos ampliativos' (com inúmeras subdivisões) e 'restritivos' (também comportando subtipos), na dicção de Celso Antonio Bandeira de Mello" (Sérgio Ferraz; Adilson Abreu Dallari. Op. cit., p. 42). Distinguem-se, ainda, outras modalidades de processo administrativo: o técnico e o jurídico (Guimarães Menegale, *RDA* 2, fasc. 2:473 – cf. Maria

que "a única linha classificatória que nos parece relevante e rentável é a que rotula os processos administrativos em 'gerais' e 'especiais'", pois essa distinção reflete a "diferença da dinâmica de cada um dos concretos processos administrativos", configurando estes ou aqueles, conforme haja, ou não, "dicção legal" particular.[65]

É, pois, de utilidade prática distinguir os processos administrativos em especiais e ordinários (ou comuns ou gerais), conforme haja, ou não, ao seu procedimento, disciplina normativa própria. Há, pois, no Poder Judiciário, e também no Juízo Corregedor (Permanente e Geral), processos administrativos especiais, com rito normativo definido; outros, porém, sem definição formal de sua dinâmica, são ordinários ou comuns, seguindo apenas as diretrizes gerais de processo administrativo.

São especiais os processos administrativos que tramitam no Poder Judiciário sob disciplina jurídica própria, tal como a licitação para aquisição de bens ou serviços, nas várias modalidades licitatórias previstas em lei (Lei 8.666/93 e, sobre a modalidade do pregão, a Lei 10.520/2002), cercadas em regras procedimentais próprias.

São ordinários ou comuns os processos administrativos sem disciplina jurídica particular. Alguns deles são até chamados de meros expedientes, que bem indica a ausência de forma legal prefixada. Assim, por exemplo, para a contagem de tempo de servidor público, de notário, registrador e seus prepostos não optantes pelo regime celetista e, portanto, ainda sob o regime híbrido ("*estatutário*", embora remunerado pelo particular delegatário), há processos administrativos no Tribunal de Justiça, para os quais não incide regra legal específica alguma, que prescreva como devem tramitar.

Em sede de registros prediais, o mesmo ocorre. Assim, por exemplo, o processo de dúvida registrária tem peculiaridades que o distingue de outros processos, em vista de sua disciplina especial, até especialíssima. Isso porque, até determinado ponto, vai tramitando com as regras da Lei de Registros Públicos, art. 198, e depois, na fase de recurso, se apropria de uma forma de ser do Código de Processo Civil. Esse processo é administrativo por sua natureza, mas tem regras próprias na disciplina de seus passos, no trâmite do processo, ou nas fases que devem acompanhá-lo. Logo, é especial. No entanto, também na seara registral imobiliária, existem processos que não têm disciplina normativa específica e, por isso, são ordinários, comuns ou gerais.

Alguns processos administrativos especiais têm uma disciplina jurídica própria somente na esfera do registro de imóveis; outros também apresentam regramento específico no âmbito do Juízo Corregedor.

Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p. 580); o de conflito de interesses (ou em que há controvérsias, como os de gestão, de outorga, de verificação ou determinação, e de revisão) e o punitivo (ou sancionadores, alguns internos, outros externos) – (Odete Medauar. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993. p. 132).

65. Op. cit., p. 43.

Destacam-se, pois, no universo dos serviços correcionais de registro de imóveis (ou, de algum modo, vinculado às atribuições do Juízo Corregedor), os seguintes exemplos de processos administrativos especiais:

a) dúvida registrária (art. 198 da Lei de Registros Públicos);

b) retificações de registro (art. 213 da Lei de Registros Públicos);[66]

c) dúvida ("imprópria"[67]) de emolumentos (art. 29 da Lei estadual 11.331/2002);

d) reclamação sobre a cobrança de emolumentos (art. 30 da Lei Estadual 11.331/2002);[68]

e) sindicância e processo administrativo disciplinar (arts. 268/307 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo: Lei estadual 10.261/68 c.c. a LC estadual 942/03);

f) impugnação de registro de loteamento (art. 19 da Lei 6.766/79);[69]

g) regularização de parcelamento do solo (arts. 38 e 40 da Lei 6.766/79 e itens 193/198 e 152/155 do Capítulo XX do Prov CG 58/89) e de condomínio (item 216/217 do Capítulo XX do Prov CG 58/89).

Consigne-se, por oportuno, que não há fungibilidade de ritos em processos administrativos e, assim, não se conhece, em dúvida registrária, de questão referente à cobrança de emolumentos,[70] à impugnação de registro de loteamento[71] e à regularização de parcelamento do solo,[72] por exemplo.

Importante ressaltar, por fim, em orientação prática, que é a especificidade de alguns desses processos administrativos que define a atribuição recursal, ora da Corregedoria Geral da Justiça, ora do Conselho Superior da Magistratura, ora até da Câmara Especial do Tribunal de Justiça. Assim, por exemplo, a apelação na dúvida registrária deve ser julgada por órgão colegiado do Tribunal de Justiça (afinal, nada obstante a natureza administrativa do processo, o recurso é de

66. Consigne-se, quanto à retificação de registro, que, quando, provenientes do serviço de registro, eventualmente atingem a esfera judicial, em razão de impugnação (§ 6.º do art. 213 da LRP), também terão trato administrativo (não jurisdicional).
67. Além da "*dúvida*" sobre a interpretação da lei e da tabela de emolumentos, julgado pelo Juiz Corregedor Permanente, com possibilidade de recurso ao Corregedor Geral da Justiça (art. 29 da Lei 11.331/2002), também é denominada "*dúvida imprópria*" aquela da Lei de Protesto (art. 18 da Lei 9.492/97 – v. nota 53, retro), mas esta é de processo comum, ao passo que aquela (a de emolumentos) é especial em virtude da existência de regras legais procedimentais, com definição de seu sumário rito, recurso específico e prazos próprios.
68. A reclamação quanto à cobrança a maior, ao Juiz Corregedor Permanente, com possibilidade de recurso ao Corregedor Geral da Justiça, tem disciplina específica na lei estadual de emolumentos (art. 30), bem como previsão de restituição no décuplo da quantia irregularmente cobrada, em até cinco dias úteis da data da decisão (art. 32, §§ 3.º e 4.º).
69. V. nota 54, retro.
70. CSM, ApCív 98.928-0/7.
71. CSM, ApCív 46.513-0/8.
72. CSM, ApCív 48.788-0/6.

apelação, no rito do CPC), e, daí, a competência recursal é do Conselho Superior da Magistratura; outros processos, ainda que especiais, cujas decisões dos juízes corregedores permanentes são suscetíveis apenas de recurso administrativo (não de apelação) são de competência recursal da Corregedoria Geral da Justiça; outros, ainda, como são os processos administrativos disciplinares de decisão originária do Corregedor Geral da Justiça, apontam a competência recursal para a Câmara Especial do Tribunal de Justiça. A dica para saber de quem é a competência recursal dos diversos processos administrativos é o exame do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

7. Do processo administrativo ordinário de registro predial quanto ao objeto

Talvez seja o caráter residual de seu objeto um dos principais traços do processo administrativo ordinário. O processo administrativo especial tem sua dinâmica formalizada em lei, justamente em razão de seu objeto específico; o ordinário ou comum, todavia, caracteriza-se não só por sua maior fluidez formal – carente de condução normativa particular e, por isso, pautado apenas nas diretrizes gerais do processo administrativo –, mas também por sua abertura de objeto, na medida em que – respeitados os limites de atribuição e de finalidade do órgão administrativo ou ente delegado –, tem fins variados, não pré-fixados e indefinidos, desde que no contexto maior do interesse público que a função administrativa tem o poder-dever de realizar. Em outras palavras, todo objeto que não for próprio de processo administrativo especial pode, residualmente, ser objeto de processo administrativo ordinário, que é aberto a qualquer fim necessário à função administrativa, no quadro demarcado de atribuições, finalidade administrativa e interesse público de determinado órgão administrativo ou ente delegado.

Essa pluralidade torna a apresentação dos processos administrativos ordinários, pelo objeto, senão vã, ao menos muito difícil. Assim, seguindo tão-somente o critério de ocorrência com maior freqüência no cotidiano dos Juízos Corregedores, Permanentes e Geral, sem pretensão alguma de esgotar o rol atípico desses feitos comuns (referentes ao registro predial), destacam-se os seguintes procedimentos administrativos ordinários:

a) de requalificação de título desqualificado pelo registrador, alheio ao universo da dúvida de registro, referente, pois, a dissenso sobre a prática de ato de averbação;

b) de reexame de requerimentos diversos indeferidos pelo registrador, por provocação de interessados, tal como para abertura de matrículas, expedição de certidões, informações etc.;

c) de cancelamentos administrativos de registro e de restauração de registros cancelados;

d) de bloqueio de matrículas e de levantamento de bloqueios;

e) de dispensa de registro especial de parcelamento do solo urbano;

f) de consulta geral – conhecível por conveniência e oportunidade, conforme o interesse público –, ou de instauração de ofício, geralmente tendentes a alterações, reformas e inovações de normas de serviço ou decisões normativas.

7.1 Processo de requalificação por dissenso sobre ato de averbação

Dissenso entre o registrador e o interessado sobre a prática de ato averbatório (arts. 167, II, e 246, ambos da Lei de Registros Públicos) tramita em processo administrativo comum, não em processo administrativo especial de dúvida registrária (próprio, no Estado de São Paulo, apenas para situação de registro em sentido estrito: art. 167, I, da Lei de Registros Públicos).

São, pois, entre outros de fim averbatório, alguns exemplos desses processos administrativos ordinários freqüentes no Juízo Corregedor, os de averbação de:

a) construção;[73]

b) desdobro,[74] ainda que as novas unidades imobiliárias tenham áreas inferiores a 125 m²;[75]

c) desmembramento de pequeno porte de imóvel urbano;[76]

d) desmembramento de imóvel rural;[77]

e) fusão e encerramento de matrículas;[78]

f) abertura de rua;[79]

g) alteração de convenção condominial;[80]

h) óbito de cônjuge;[81]

i) incorporação da sociedade que figura como titular do domínio tabular;[82]

j) protesto contra alienação de bens,[83] antes inadmissíveis, hoje, admissíveis no Estado de São Paulo;[84]

k) localização do imóvel em território de dois Municípios;[85]

l) caução,[86] especialmente a caução atípica no âmbito de locação predial urbana (Lei 8.245/91, art. 38, § 1.º),[87] que são mais comuns, sem esquecer,

73. CSM, Apelações Cíveis 30.656-0/8 e 72.130-0/5; Processo CG 620/2006.
74. CSM, ApCív 72.357-0/0; Processos CG 29/2006, 453/2006.
75. Processos CG 276/2007, 599/2006, 39.612/81, 1.528/97 e 1595/01; CSM, Apelações Cíveis 2.199-0 e 3.607-0.
76. CSM, Apelações Cíveis 44.645-0/5, 50.233-0/4 e 65.036-0/0. Cf., ainda, adiante, as notas de referências aos Processos da CGJ, no item 7.4.
77. Processo CG 884/2005 e 259/2006.
78. CSM, Apelações Cíveis 33.807-0/0 e 42.930-0/1.
79. CSM, ApCív 36.260-0/4; Processo CG 171/92, 177/96,1.539/96 e 1.716/96.
80. Processo CG 56/95.
81. CSM, ApCív 36.146-0/4.
82. CSM, ApCív 28.418-0/2; Processo CG 3.436/95.
83. CSM, ApCív 25.277-0/6; Processos CG 850/2006 e 846/2006.
84. Processo CG 485/2007.
85. CSM, ApCív 67.554-0/8.
86. CSM, ApCív 66.561-0/2.
87. Processo CG 1.065/2005, 960/2006 e 129/2007, Protoc CG 34.906/2005.

todavia, da caução dos direitos de crédito decorrentes da alienação fiduciária dada pelo credor fiduciário;[88]

m) cisão de sociedade anônima[89] e de sociedade por cotas;[90]

n) mera notícia de titularidade exclusiva de domínio (próprio de um dos cônjuges) por incomunicabilidade de bens,[91] inclusive diante da possível dúvida decorrente de aplicação de lei estrangeira;[92]

o) casamento e respectivo regime de bens[93] e de separação do casal;[94]

p) desafetação de logradouros classificados como bens de uso comum do povo para a classe de bens dominiais;[95]

q) indivisibilidade de imóvel decorrente de TAC (Termo de Ajustamento de Conduta);[96]

r) ineficácia por fraude à execução, para inscrição de penhora;[97]

s) cessões de crédito com garantia hipotecária;[98]

t) renúncia em geral, tal como de usufruto;[99]

u) cancelamento em geral, tal como de pacto comissório,[100] de hipoteca,[101] de usufruto,[102] de cláusula fideicomissária,[103] de medida cautelar de arrolamento de bens;[104]

v) retificações em geral, tal como as decorrentes de mandado judicial,[105] aquelas para correção de averbação errônea de restrição convencional.[106]

7.2 Processo de reexame de requerimento indeferido pelo registrador: abertura de matrícula, certidão, informação etc

Quanto à abertura de matrícula, embora seja ato de inscrição (ou de registro em sentido amplo), não é ato de registro em sentido estrito (art. 167, I, da Lei de

88. Processo CG 1.035/2006.
89. CSM, Apelações Cíveis 65.666-0/4 e 65.893-0/0.
90. Processo CG 1.779/95.
91. Processo CG 1.640/96.
92. Processo CG 755/2005.
93. Processo CG 933/2005.
94. Processo CG 431/96.
95. Processos CG 1.066/2005, 274/93.
96. Processo CG 215/2006.
97. Processo CG 40.690/2006.
98. Processo CG 390/2004.
99. Processo CG 156/92.
100. Processo CG 30/2006.
101. Processo CG 193/2006, 15/2007 e 94/2007.
102. Processo CG 3.512/95.
103. Processo CG 1.505/94.
104. Processo CG 1920/95.
105. Processo CG 1.108/2005.
106. Processo CG 189/2006.

Registros Públicos) e, assim, também está fora do processo especial de dúvida, classificando-se na seara do processo administrativo ordinário.[107]

Certidões e informações estão no contexto maior da publicidade registrária e, não raramente, a matéria também é objeto de apreciação em procedimentos administrativos ordinários,

a) enfatizando a distinção entre publicidade direta e indireta – e assentando que aquela, antes prevista no Dec. 4.857/39 (art. 19), não é acolhida pela Lei 6.015/73 (art. 16), que, em regra, segue o sistema da publicidade indireta (via certidões e informações) –, para explicitar que não se deve exibir aos particulares os próprios livros, fichas ou documentos arquivados,[108] ressalvada a exceção do processo de registro de loteamento, desmembramento e incorporação imobiliária;

b) ressaltado que os interessados têm direito à certidão, não à sua forma, que deve resguardar os pressupostos de clareza da redação escrita e da segurança jurídica, o que afasta a possibilidade de expedição de certidão de transcrição em forma reprográfica do respectivo livro;[109]

c) confirmando a lição tradicional que a certidão deve espelhar a realidade do registro imobiliário, para afastar pretensões testificatórias que buscam distorcer a verdade tabular;[110]

d) observando que não se pode impor ao registrado o dever de comunicar ao proprietário quando do eventual ingresso de título tendente à alienação de seu imóvel, por receio de eventual e futura falsificação, facultando-se, todavia, ao interessado solicitar esporadicamente informações ou certidões, com o escopo de monitorar a situação registral dos seus imóveis.[111]

7.3 Processos de cancelamento, restauração, bloqueio e levantamento de bloqueio

Embora haja, em lei, a previsão para o cancelamento administrativo de registro e norma indicativa da necessidade de respeito ao contraditório (art. 214, § 1.°, da LRP), não há previsão normativa especial do procedimento,[112] o que justifica sua classificação no rol dos processos ordinários, observando-se que o Conselho Superior da Magistratura não conhece da matéria, quer de cancela-

107. CSM, ApCív 72.618-0/2; Processo CG 1.044/2006.
108. Protoc CG 42.249/2005.
109. Processo CG 23/92.
110. Processos CG 263/93, 1.339/94 e 36/2006.
111. Processo CG 191/2006.
112. É verdade que a Lei 10.931, de 2004, incluiu o § 2.° no art. 214 da LRP, indicando, para decisão que decretar a nulidade, os recursos de apelação ou agravo conforme o caso; todavia, no Estado de São Paulo, o entendimento que ainda perdura é no sentido de que se está na esfera do processo administrativo comum, com atribuição recursal de 2.° grau ao Corregedor Geral da Justiça.

mento,[113] quer de restauração de registro cancelado.[114] Idem, quanto ao bloqueio de matrículas e ao levantamento de bloqueios.[115]

Vale a pena sublinhar nestas questões que há três lições maiores – de primeira magnitude – que não podem passar despercebidas dos operadores do direito:[116]

a) *primeira*: apenas vício extrínseco (formal ou do próprio registro), identificável na face das tábuas registrais, pode justificar cancelamento pela via administrativa (art. 214 da LRP), e, consequentemente, se não houver esse tipo de vício, não se dispensa a via jurisdicional mediante ação adequada (art. 216 da LRP), ainda que haja relevantes razões para supor a deficiência do título causal;

b) *segunda*: sem esse vício de registro (extrínseco), bloqueio de matrículas (§§ 3.º e 4.º do art. 214 da LRP), pela via administrativa, também não pode haver, ainda que haja relevantes razões para supor a deficiência do título causal;

c) *terceiro*: cancelamento e bloqueio de transcrição/matrícula são inadmissíveis em prejuízo de terceiro de boa-fé, acobertado pelo lapso temporal da prescrição aquisitiva (art. 214, § 5.º, da LRP).

É, pois, em razão daquela primeira lição (a), que se afirma, reiteradamente, que vício intrínseco, referente ao título que deu causa ao registro, não pode ser reconhecido na via administrativa, pois não prescinde do ajuizamento de ação própria,[117] tal como em hipótese que demanda a análise da alegada falsificação da procuração na via jurisdicional,[118] ou em notícia de partícipe de escrituras de venda e compra, falecido antes dos atos notariais,[119] ou de alegação de morte de adjudicatário ao tempo da adjudicação e do registro da carta,[120] ou em razão de duplicidade de venda do mesmo imóvel,[121] ou por suposta alienação em fraude à execução,[122] entre outras situações.

A mencionada segunda lição (b) também pode ser expressa de outro modo: se não há motivo para cancelar administrativamente, também não pode haver bloqueio administrativo. Ela resulta não só da localização topográfica da norma que prevê o bloqueio (§§ 3.º e 4.º) em relação àquela que prevê o cancelamento (*caput*), no mesmo artigo de lei (art. 214 da LRP), e da máxima – "quem pode o mais, pode o menos" –, mas também da compreensão histórica e finalística do bloqueio, que recomenda a solução menos drástica a mais drástica, para

113. *V.g.*, Apelações Cíveis 33.365-0/1 e 34.785-0/5.
114. *V.g.*, ApCív 68.438-0/6.
115. CSM, ApCív 32.851-0/2.
116. Processo CG 582/2006.
117. Processos CG 292/91, 270/92, 38/92, 185/93, 519/94, 10.819/96, 455/2006.
118. Processo CG 767/2006.
119. Processo CG 1.032/2006.
120. Processo CG 689/2006.
121. Processo CG 86/92.
122. Processo CG 516/2006.

remediar ou prevenir o mal ocorrido ou em potencial, em situação que se deva aguardar o remédio adequado que sane o vício.[123]

A terceira lição (c), que tem em mira preservar situações jurídicas consolidadas pelo tempo, em favor de adquirente de boa fé, embora expressa em lei apenas a partir de 02.08.2004 (Lei 10.931/2004), não era novidade no âmbito da Corregedoria Geral da Justiça bandeirante,[124] destacando-se hoje vários outros julgados, agora com suporte legal (art. 214, § 5.°, da Lei de Registros Públicos), no mesmo sentido.[125]

Além dessas três lições de primeira grandeza, outras, menores, mas não desprezíveis para boa orientação prática, convém ter em conta:

a) ordem judicial inclusa no fólio real (ou no sistema registral) não se cancela senão por novo comando judicial mandamental;[126]

123. "De fato, basta verificar a circunstância de que a inovação legal do bloqueio (Lei 10.931, de 02.08.2004) consta em parágrafo (§ 3.°) do mencionado art. 214 da Lei de Registros Públicos, para concluir que só é possível o bloqueio administrativo em igual situação de vício registrário extrínseco: afinal é princípio elementar de hermenêutica a necessidade de extrair a inteligência de norma inserta em parágrafo em função daquela constante no caput respectivo. Mas não é só. Inteligência histórica do bloqueio, decorrente do estudo dos precedentes administrativos que o admitiam mesmo antes daquela previsão legal, não conduzem a conclusão diversa, bastando verificar as hipóteses que os justificavam, ou seja, situações de vícios formais, do próprio registro, que, por prudência, indicavam a medida menos drástica (bloqueio) à mais drástica (cancelamento), desde que necessária e suficiente para remediar ou prevenir o mal ocorrido ou em potencial (cf. Protocolado CG 7.400/92, Processos CG 54/92, 1.319/96, entre outros). Sólidos, pois, os precedentes da Corregedoria Geral da Justiça, no sentido de que o bloqueio administrativo de atos de registro e averbação não se pode impor quando não houver vício de natureza registrária, ou seja, quando a situação estiver fora do amparo no art. 214 da Lei 6.015/73 (Processo CG 1.319/96, Decisões Administrativas da Corregedoria Geral da Justiça -1996, ementa 63). Entenda-se: "nos termos do disposto nos §§ 3.° e 4.° do referido art. 214 da Lei 6.015/73, a providência do bloqueio destina-se, a rigor, a impedir danos de difícil reparação, na hipótese de nulidade de pleno direito do registro, danos esses que poderiam ser causados na superveniência de novos registros", e, daí é inviável o bloqueio administrativo, se "inexiste vício registral passível de ser reconhecido nesta esfera administrativa" (Processo CG 825/05). Essa, por fim, a orientação de Vossa Excelência, como ficou expresso em vossa decisão de 09.01.2006, no Processo CG 829/2005: "(...) sem vício de registro, bloqueio de matrículas (§§ 3.° e 4.° do art. 214 da LRP), pela via administrativa, não pode haver" (Processo CG 249/2006).
124. Processos CG 32.391/2000, 1.268/2002 e 812/2003.
125. Processos CG 885/2005, 1.144/2005, 1.150/2005, 577/2006, 582/2006, 1.040/2006 e 1.636/2006.
126. Processo CG 810/2005 (caso de averbação de arrecadação).

b) cancelamento na via administrativa é limitada à cognição restrita (formal), e, assim, é imprescindível a via jurisdicional para ampla cognição (formal e material), inclusa a de interpretação de vontade negocial;[127]

c) admissível o cancelamento administrativo em situações de registros com violação às normas e aos princípios registrários, como ao de continuidade,[128] ao de especialidade objetiva,[129] ou à fusão de matrículas viciada por ausência de contigüidade tabular;[130]

d) bloqueio de matrícula é medida excepcional, e, assim, inviável sua permanência, após cessada a causa que lhe originou,[131] lembrando-se ser medida de boa utilidade para casos de duplicidade, total ou parcial, de matrículas em correntes filiatórias distintas, até solução jurisdicional,[132] bem como para se evitar que erros registrários continuem ocorrendo, até que o vício de raiz seja sanado.[133]

7.4 Processo de dispensa de registro especial de parcelamento do solo

Dispensa de registro especial de parcelamento do solo urbano (art. 18 da Lei 6.766/79), que também é de procedimento administrativo comum,[134] resulta de inúmeras decisões da Corregedoria Geral da Justiça, por interpretação teleológica da Lei 6.766/79 (especialmente da finalidade do registro especial de loteamentos e desmembramentos), que até justificaram previsão nas normas de serviço (item 150.4 do Capítulo XX do Prov. CG 58/89).[135]

Esses feitos são, até hoje, freqüentes no cotidiano do Juízo Corregedor, como é possível conferir em recentes julgados, que enfatizam, para dispensar o registro especial, a necessidade de verificação de duas situações negativas e uma positiva:

a) ausência de razão urbanística (inovação viária inexistente);

127. Processos CG 851/2006, 1.109/2005, 1.583/95, 605/94 e 120/84 (casos de cláusulas restritivas – impenhorabilidade e inalienabilidade – instituídas em testamento, que exigem interpretação da vontade do testador).
128. Processo CG 898/2005.
129. Processo CG 812/2005.
130. Protoc. CG 726/2005.
131. Processo CG 29.831/1999.
132. Processo CG 890/2006.
133. Processos CG 600/2006 e 245/2006.
134. CSM, ApCív 28.945-0/7.
135. Previsão de cabimento, que não equivale à previsão de procedimento, não retira o caráter ordinário do processo. Confira a norma de serviço: "Nos desmembramentos, o oficial, sempre com o propósito de obstar expedientes ou artifícios que visem a afastar a aplicação da Lei 6.766, de 19.12.1979, cuidará de examinar, com seu prudente critério e baseado em elementos de ordem objetiva, especialmente na quantidade de lotes parcelados, se se trata ou não de hipótese de incidência do registro especial. Na dúvida, submeterá o caso à apreciação do Juiz Corregedor Permanente".

b) ausência de razão protetivo-social (massa de adquirentes potencialmente descoberta de tutela jurídica inexistente);

c) presença de elementos objetivos circunstanciais, de análise conjuntural, que caracterizem o parcelamento fora da feição de empreendimento imobiliário e de configuração de fraude à lei (v.g., parcelamento sucessivo).

Conseqüência do primeiro pressuposto (a) é a assertiva de que apenas desmembramentos, não loteamentos, podem ser dispensados do registro especial; do segundo (b), que o número não elevado de lotes resultante do parcelamento (v.g., dez[136]) é critério bom (não único) para extrair alguma conclusão favorável à dispensa; do terceiro (c), enfim, diversas afirmações em que se observa a importância de análise conjunta de diversos fatores circunstâncias para se atingir a justa solução, tal como aquela (c.1) que pela sucessão de desmembramentos constante nas tábuas de registro, extrai situação de empreendimento em fraude à lei;[137] (c.2) que associa a realidade do parcelamento à de construções de casas para alienação via SFH, minimizando os riscos aos adquirentes (situações que justificam dispensa para maior número de unidades resultantes de desmembramento[138]); (c.3) que reclama, para sustentar, ou não, fraude à lei por parcelamento sucessivo, atenção não só à cadeia de assentos, mas também à cadeia de domínio e ao lapso temporal entre as inscrições prediais, afastando a qualificação de fraude quando o conjunto de informações tabulares não revelar situação de empreendimento imobiliário (v.g., falta de elo entre o atual proprietário que pretende o desmembramento, em relação àquele que, há longo tempo, promoveu desmembramento anterior).[139]

7.5 Processo de consulta em geral e feitos diversos de caráter normativo

Por fim, na esfera das consultas em geral e de feitos relacionados a alterações, reformas e inovações de normas de serviço ou decisões normativas, também não faltam exemplos, bastando ressaltar, a título ilustrativo, processos administrativos que examinaram a admissibilidade de averbação de áreas contaminadas[140] e de temas a ela correlatos,[141] a inadmissibilidade de cancelamento de ofício

136. Provimento 3/88 da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital de São Paulo.
137. Processos CG 1.074/2005, 243/2006, 564/2006 e 917/2006.
138. Processos CG 182/85, 141/85, 267/85, 25/90 e 195/88.
139. Processos CG 65/2006, 68/2006, 229/2006, 394/2006, 496/2006 e 588/2006.
140. Admissível a publicidade registral de áreas contaminadas por substâncias tóxicas e perigosas, por averbação enunciativa de "declaração" ou "termo" emitido pela Cetesb, conforme consulta conhecida, com resposta positiva (Processo CG 167/2005).
141. Consulta complementar a mesma matéria, também conhecida, para "determinação aos oficiais de registro de imóveis para que acessem o site do órgão ambiental, localizem os endereços das áreas contaminadas e providenciem o encaminhamento de certidões das matrículas dos imóveis correspondentes", e esclarecer que as averbação de áreas contaminadas pela Cetesb são isentas, diante da incidência da norma do art. 8.º, parágrafo único, da Lei 11.331/2002 (Protoc. CG 167/2005).

de constrições judiciais averbadas sem determinação do juiz do processo,[142] a admissibilidade de averbação de protesto contra alienação de bens,[143] de averbação de tombamento provisório[144] e de penhora *on line*,[145] entre outros feitos.

8. Peculiaridades de processo administrativo ordinário de registro predial quanto à forma

Não há dúvida, como já exposto, de que as principais informações, para compreensão dos feitos comuns do Juízo Corregedor (Permanente e Geral), em sua forma, decorrem, de um lado, das conseqüências de sua natureza administrativa e, de outro, da fluidez formal do processo administrativo ordinário, que impõe sua baliza pelas diretrizes gerais de processo administrativo.

Cumpre, todavia, para fechar o quadro de orientação prática deste trabalho, apenas indicar, em síntese, conforme se pode colher em vários julgados da Corregedoria Geral da Justiça, alguns traços formais marcantes do processo administrativo ordinário de registro predial no âmbito correcional e algumas de suas peculiaridades, no escopo de orientar seu bom trâmite, evitando confusões que comumente ocorrem com outros tipos de processos.

Destaquem-se, então, em resumo, que os processos administrativos ordinários:

a) não são regulados em lei específica, embora tenham base legal expressa ou implícita;

b) em regra, têm por fim a legalidade do serviço delegado e dos respectivos atos praticados;

142. Consulta conhecida, no sentido de definir que o cancelamento automático ou por decisão administrativa da Corregedoria Permanente ou da Corregedoria Geral da Justiça de penhoras, arrestos e seqüestros anteriores, a partir do registro da arrematação ou adjudicação do bem constrito realizada em ação de execução, não é admissível, necessitando de ordem judicial expressa oriunda do juízo que determinou a constrição (Protoc. CG 11.394/2006).
143. Consulta conhecida para admitir a averbação de protesto contra alienação de bens imóveis, diante do entendimento fixado pela Corte Especial do E. STJ (EREsp 440.837-RS, DJ 28.05.2007) – (Processo CG 485/2007).
144. Consulta conhecida no sentido de admitir a averbação de mera notícia do tombamento provisório, de restrições próprias de bens imóveis integrantes do patrimônio cultural, decorrentes de outras formas de preservação e acautelamento, expressas em ato administrativo ou legislativo ou em decisão judicial, bem como de restrições próprias de imóveis situados no entorno dos bens tombados ou reconhecidos como integrantes do patrimônio cultural (Processo CG 1.029/2006).
145. Consulta conhecida no sentido de admitir o sistema eletrônico de averbação e cancelamento de penhora de bens imóveis nas serventias prediais, denominado "penhora *on line*", diante do prescrito no art. 659, § 6.º, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.382/2006, obedecidos os requisitos da autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil (art. 154 do CPC) – (Processo CG 888/2006).

c) sua iniciativa é aberta a qualquer interessado (particular, registrador, Ministério Publico, poder ou órgão público, entidade de classe etc.), sem esquecer que, em determinadas circunstâncias, até de ofício podem ser instaurados;[146]

d) seu movimento é por impulso oficial, sem formas rígidas;

e) há intervenção do Ministério Público, como curador de registros públicos;[147]

f) a decisão de primeiro grau é do juiz corregedor permanente, sem reexame necessário (ou recurso de ofício), mas com possibilidade de recurso administrativo (art. 246 do Código Judiciário), não apelação, no prazo de 15 dias, ao Corregedor Geral da Justiça;

g) não têm função sensório-disciplinar, observando-se que, se alguém quiser fazer reclamação ou representação contra a prática de ato do registrador, ou se o juiz for promover alguma medida dessa ordem, terá que agir mediante processo administrativo específico.

Por fim, atenção as seguintes peculiaridades destinadas a evitar confusões, que partem do cuidado elementar para não transpor ao processo administrativo as regras e os institutos próprios do Código de Processo Civil. Assim, nos processos administrativos ordinários do Juízo Corregedor (Permanente e Geral):

a) não cabe agravo (salvo para recurso não recebido);[148]

b) não cabe intervenção de terceiros;[149]

146. E não importa em ofensa ao princípio constitucional de ampla defesa "o julgamento do processo administrativo pelo mesmo Juiz que instaurou o procedimento e instruiu o feito" (Processo CG 1.700/94). Confira, ainda, Processo CG 2.400/96.

147. Processos CG 1.149/2003, 608/2004, 1.037/2005, 1.150/2005. Todavia, sem o mesmo rigor do processo civil: Processo CG 28/92 (caso em que não se anulou o processo, por falta de manifestação do Ministério Público em primeiro grau).

148. V.g., Processo CG 900/2006 e Protocolo CG 29.463/2006. Ver, ainda, Processos CG 293/92 (*Decisões administrativas da CGJ*, cit., 1992, verbete 61), com menção a vários precedentes (*Decisões administrativas da CGJ*, 1983/1984, cit., verbetes 44 e 92; Processos CG 161/89, 222/89 e 86/91) e Processo CG99/92 (*Decisões administrativas da CGJ*, 1992, verbete 112), com referência a vários outros precedentes (Processos CG 91/92, 296/91, 169/85 e 220/83). Do CSM, confira, ainda, ApCív 096905-0/8 (rel. Des. Luiz Tâmbara).

149. Embora em sede de dúvida, valem também para os processos administrativos em geral, as lições constantes na declaração de voto do Des. Young Da Costa Manso, Presidente e Revisor, na ApCiv 408-0, da Comarca de Americana (CSM), j. 06.10.1981, *DOE*. de 13.11.1981: "Trata-se, porém, de simples procedimento administrativo de dúvida, em que "não se vêm partes, não se convocam, nem se ouvem terceiros, não se discutem obrigações, não se interpretam vontades, não se analisam comportamentos. Examina-se objetivamente o título, verificando-se a sua idoneidade para o pretendido acesso ao registro" (*RT*, 494/84). Não se aplicam a esse tipo de procedimento as regras de litisconsórcio que vigoram no processo judicial, de finalidade e alcance diversos".

c) não incidem custas (taxa judiciária) nem há condenação em verbas de sucumbência;[150]

d) não há necessidade de advogado;[151]

e) não há prazo em dobro para recorrer;[152]

f) não há coisa julgada com feição igual à da sentença judicial;[153]

g) não há, em regra, espaço para perícia[154] nem para prova oral;

h) não há citação, revelia nem nomeação de curador especial.[155]

Fica, deste modo, para quem opera ou vai operar com tais processos correcionais ordinários a dica para se desvestir da roupagem do Código de Processo Civil e da mentalidade própria do processo civil, apropriando-se, isso sim, da mentalidade do direito administrativo e das frouxas vestes do processo administrativo.

150. Processos CG 745/2005 e 614/2006 (não incidência de custas processuais ou da taxa judiciária), Processo CG 139/2007 (inadmissibilidade de condenação em verbas de sucumbência: custas e verba honorária), Processos CG 05/93 e 856/94 (não cabimento de honorários de advogado).
151. Processos CG 85/92, 52.000/2005.
152. Diversamente da dúvida registrária, em que há prazo em dobro para recorrer, por aplicação subsidiária (não análoga) do CPC (CSM, Apelações Cíveis 12.315-0/0 (rel. Onei Raphael) e 6072-0 (rel. Des. Sylvio do Amaral), não há situação equivalente em processo administrativo ordinário do Juízo Corregedor: Processos CG 756/2006, 03/94, 106/92, 91/92, 53/86 e 220/83.
153. Processos CG 756/2006, 794/2005 e 215/2006, entre outros. V. ainda, item 3.3.3 supra, deste estudo.
154. CSM, ApCív 1.214-0, da Comarca de Santos, j. 18.04.1983, rel. Bruno Affonso de André (inadmissibilidade de perícia grafotécnica). Consigne-se, enfim, a boa síntese do Des. Marcos Nogueira Garcez, na ApCiv 3.598-0 (CSM), j. 02.05.1985, *DOE* de 08.01.1985: "Frise-se que o juízo administrativo dos registros públicos "é mero instrumento de controle de publicidade e da regularidade extrínseca dos direitos reais imobiliários, não comportando ele competência para examinar o suporte fático subjacente, com pretende obter o apelante" (ApCív 2.194-0, São Paulo, 17.05.1983, rel. Des. Affonso de André)". Observe-se, no entanto, que, por exceção, admite-se perícia em processo administrativo-judicial de retificação de área (Processo CG 441/2006) e de regularização de parcelamento do solo (item 154.1 do Cap. XX das NSCGJ-SP, Prov. CG 58/89). Para avaliação de acervo público da unidade de serviço, há também previsão de perícia na Lei estadual 12.227/2006 (cf. Protoc. CG 41.868/2005), mas essa lei está com sua vigência e eficácia suspensa (TJSP, ADin 134.113.0/9-00).
155. Processo CG 1.398/94.

8. CONCLUSÃO

Hans Baldung, artífice do Renascimento conhecido por Grien, em 1510, pintou o quadro intitulado *Alegoria do efêmero* ou *As três idades da mulher e da morte*. Alegoria da vaidade das coisas terrenas (que se encontra no Kunsthistorisches Museum de Viena).

A tela, dividida em duas partes, tem na metade direita, a figura humana da morte, e, na metade esquerda, três figuras de mulher, cada uma em uma das três idades da vida (criança, jovem e velha). Todas, no entanto, em dinâmico elo: o cadáver eleva, sobre as fases da vida, uma ampulheta, que a velha, com uma das mãos, busca afastar, embora a jovem a ignore, por estar atenta apenas a sua imagem no espelho convexo, que a idosa lhe apóia, e a criança tem olhar voltado apenas à moça; um véu, por outro lado, parte da infante, envolve o braço da jovem e, passando pelas mãos da morte, é agarrado, antes de seguir caminho para fora do quadro.

Todas as figuras, pois, da criança até a morte estão unidas, em fases, sob a perspectiva dinâmica e o rigor do tempo, em eloqüente expressão de sua efemeridade.

Eis aí, a imagem da vida terrena e, por que não dizer, do processo... O processo é como essa vida: tem fases (infância, juventude e velhice) em elo dinâmico marcado pelo tempo. E, ainda mais, também como a vida humana, nasce para morrer: é efêmero. Por isso, processos têm prazos e estão sob a ampulheta, para que sejam concluídos.

Ao falar em registros públicos, logo percebemos que neles, ou em torno deles, existem vários processos (processo de registro de um título, processo de retificação administrativa, processo de retificação judicial, processo de dúvida, processos administrativos do Juízo Corregedor, processos jurisdicionais etc.): alguns extrajudiciais, outros judiciais; alguns administrativos, outros jurisdi-

cionais; alguns administrativos de rito especial, outros administrativos de rito comum ou ordinário etc.

Mas, o que realmente importa é que os processos são para a vida, porque no verso de cada um existem pessoas que aguardam decisões e soluções, quer de registradores, quer de juízes, na esperança de paz, pela segurança jurídica e justiça, que devem propiciar. Processos administrativos de registro, pois, também nascem para morrer, mas nascem, sobretudo, para facilitar a igualmente efêmera vida terrena das pessoas: nascem para atender às concretas necessidades humanas.

IV JURISPRUDÊNCIA

Comentada

1

Da integralização de quotas societárias com bens imóveis por sócio casado no regime da comunhão universal de bens

ANA PAULA FRONTINI

Tabeliã de Notas e Protesto de Jardinópolis (SP). Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura do Estado de São Paulo. Mestranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

RESUMO: A integralização de quotas com imóvel comum a pessoas casadas pelo regime da comunhão universal de bens demanda que os dois figurem como futuros sócios, ou que haja transferência por meio de negócio jurídico diverso da integralização.

PALAVRAS-CHAVE: Integralização de quotas – Integralização por bens imóveis – Futuro sócio casado pelo regime da comunhão universal – Necessidade de instrumento público.

RÉSUMÉ: L'intégration de quote – pars à un immeuble commun à deux personnes mariées sous le régime de la communauté universelle de biens, exige que les deux figurent comme futurs associés, ou bien qu'il existe un transfert au moyen d'une affaire juridique autre que l'intégration.

MOTS CLÉS: Intégration de quote – Pars – Intégration par biens immeubles – Futur associé marié sous le régime de la communauté universelle – Nécessité d'un instrument public.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Registral imobiliário

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 626-6/9, da Comarca de Bauru, em que é apelante Caleidoscópio Participações e Serviços Ltda. e apelado o 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da mesma Comarca.
Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.
Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Celso Luiz Limongi, Presidente do Tribunal de Justiça e Caio Eduardo Canguçu de Almeida, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça.
São Paulo, 22 de fevereiro de 2007.
Gilberto Passos de Freitas, Corregedor Geral da Justiça e relator.

VOTO – *Registro de Imóveis*. Dúvida julgada procedente. Recusa de registro de instrumento particular de constituição de sociedade, pelo qual um dos sócios, casado sob o regime da comunhão universal de bens, pretende a conferência de bens imóveis para integrar suas quotas sociais mediante mera anuência de sua mulher. Inviável o registro, em razão da necessidade de a mulher transferir a parte que lhe cabe e não apenas anuir, o que é possível somente por escritura pública, já que não é sócia e, portanto, não busca integrar quotas sociais, a exemplo de seu cônjuge. Sentença mantida. Recurso não provido.

1. Tratam os autos de dúvida suscitada pelo 1.º Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Bauru, em decorrência da recusa do ingresso no registro imobiliário do instrumento particular de constituição de sociedade limitada que lhe foi apresentado.
O Juízo Corregedor Permanente julgou procedente em parte a dúvida, porque considerou necessário formalizar por escritura pública a transferência do bem imóvel à sociedade, e, quanto à exigência de comprovação do recolhimento do ITBI ou apresentação da guia isenta, considerou a questão resolvida, em razão da apresentação do protocolo do pedido de reconhecimento de imunidade de concessão de isenção ou de reconhecimento de não incidência.
O recorrente mencionou que no curso do procedimento da dúvida foi deferido pela municipalidade o pedido de não incidência do ITBI sobre a transmissão dos imóveis à sociedade em realização de capital, e, no mérito, sustenta que é direito do cônjuge, com o consentimento do outro, dispor do patrimônio comum, e que em razão da nova legislação civil, não é apenas a escritura pública a única forma de transferência de bem imóvel.
A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.
É o relatório.

2. A r. sentença deve ser mantida.
A recorrente pretende o ingresso no registro imobiliário do instrumento particular de constituição da sociedade, pelo qual um dos sócios, J.R.G.P., integraliza quotas mediante transferência de bens imóveis de sua propriedade.
O mencionado sócio é casado com E.R.P., sob o regime da comunhão universal de bens, a qual não é sócia e assinou o documento de constituição da sociedade como anuente. O regime da comunhão universal de bens, consoante dispõe o art. 1.667 do CC, implica a comunicação de todos os bens e dívidas dos cônjuges, exceto nas hipóteses do art. 1.668. Portanto, os bens de cada cônjuge passam a pertencer ao patrimônio comum, fazem parte de uma massa patrimonial, de modo que ambos são meeiros de todo o acervo.

Assim, embora não haja óbice algum à transferência dos bens imóveis para o fim de integrar quota social, conforme previsto no art. 167, I, 32, da Lei de Registros Públicos – LRP, e por meio de instrumento particular, o fato de o regime de bens do casamento do aludido sócio ser o da comunhão universal, reclama a efetiva transferência e não a simples anuência por parte de sua mulher, porque esta também é proprietária dos imóveis.

Ainda que a mulher fosse sócia, a transferência seria possível pelo registro do instrumento particular de constituição da sociedade, somente se ambos os cônjuges estivessem integrando as quotas sociais por conferência dos bens imóveis de sua titularidade, não bastaria a simples anuência de um ou de outro.

Ademais, a exemplo do precedente trazido aos autos (ApCív 217-6/2, da Comarca da Capital) o contrato de constituição da sociedade apresentado menciona a transferência dos imóveis de propriedade de J.R., o que deixa dúvida se a anuência da mulher é restrita à integralização da parte pertencente ao marido ou se abrange também a parte que lhe pertence, contudo, ainda que a intenção fosse a de transferir também sua meação, e, portanto, a totalidade de cada um dos imóveis, não seria possível, conforme já exposto, por mera anuência.

O art. 108 do CC assim dispõe:

"Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País".

A Lei 8.934/94, que trata do registro público de empresas mercantis e atividades afins, no art. 64 dispõe:

"A certidão dos atos de constituição e de alteração de sociedades mercantis, passada pelas juntas comerciais em que foram arquivadas, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação ou aumento do capital social".

Da leitura deste último dispositivo legal transcrito, a conclusão não é outra senão a de que, no caso em tela, seria necessário que a mulher também fosse sócia e que estivesse conferindo estes bens imóveis em pagamento das quotas sociais, para que a totalidade fosse transferida à sociedade, e, se não é assim, e se o art. 64 ora comentado não autoriza a transmissão da propriedade por mera anuência, a transferência da titularidade do domínio da parte que lhe cabe, em favor do cônjuge, só é possível mediante escritura pública, conforme previsto no art. 108 do CC.

Quanto à possibilidade de registro da conferência de bens por instrumento particular, este Colendo Conselho Superior da Magistratura assim já decidiu na ApCív 9.581-0/6, da Comarca de Campinas.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

(a) Gilberto Passos de Freitas, Corregedor Geral da Justiça e Relator (*DOE* 16.05.2007).

Comentário

Este acórdão do E. Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo é muito importante, pelas lições de interpretação conjunta, que desenvolve. Isso porque a matéria, em resumo, envolve questões tanto afetas ao Código Civil, como à Lei de Registros Públicos, à Lei de Notários e Registradores e ao Registro de Empresas Mercantis.

O acórdão tem como centro duas questões: a primeira de âmbito civil (transmissão de bens imóveis por pessoas casadas, sob regime da comunhão universal de bens). E, a segunda diz respeito à necessidade dessa transferência ser realizada por instrumento público ou não.

Vejamos.

Como é possível aferir pela simples leitura do art. 1.667 do CC, no regime de comunhão universal de bens todos os bens formam um patrimônio comum do casal, sendo que cada consorte torna-se meeiro dos bens do outro, salvo nas hipóteses previstas no art. 1.668 – que relaciona os bens excluídos da comunhão nesse regime. Em análise sistemática com o disposto no art. 1.647, do mesmo *Codex*, nenhum dos cônjuges pode, sem a autorização do outro, praticar os atos descritos em seus incisos, dentre eles, o de "alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis". Em que pese a lei trazer a expressão "autorização", em se tratando de regime de comunhão universal de bens, entretanto, a chamada anuência, ou outorga conjugal, ao negócio jurídico envolvendo bens imóveis, tem natureza de uma verdadeira alienação de sua meação, ainda que conste na respectiva matrícula do Registro de Imóveis como proprietário somente um dos cônjuges. Como o artigo supracitado não faz essa ressalva, tratando-se de interpretação, muitas vezes o cônjuge anui com a alienação, mediante a exteriorização da vênia conjugal, entendendo que, com ela, o negócio jurídico encontra-se perfeito e acabado. Mas não está, pois, como acima exposto, trata-se de alienação.

É o caso do julgado em comento.

E não foi outro o entendimento do E. Tribunal. De fato, a Lei 8.934, de 1994 – Lei do Registro Público de Empresas Mercantis – admite a dispensa de escritura pública para fins de transmissão de bens para a pessoa jurídica – sociedade – em caso de integralização de quotas ou ações, para formar o capital social. Tratou-se, à época, de um estímulo ou uma simplificação legal para fomentar a integralização de quotas com bens imóveis e, por meio dessa dispensa, facilitar os trâmites de formação de uma empresa.[1]

No entanto, é muito claro o art. 64 da lei supra, quando dispõe:

"A certidão dos atos de constituição e de alteração de sociedades mercantis, passada pelas juntas comerciais em que foram arquivadas, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação ou aumento do capital social".

Como se vê, a lei dispensou a escritura pública para os casos em que o próprio subscritor das quotas as integralize utilizando-se de seu bem imóvel. Ou seja, utilizá-lo para tornar-se sócio da sociedade ou aumentar o capital da mesma, desde que, repita-se, para o fim de tornar-se sócio ou ampliar sua participação na sociedade. O procedimento seguido pelo recorrente, *in casu*, estaria correto se sua cônjuge figurasse, como ele, no contrato social da sociedade em questão, cada qual integralizando suas próprias quotas, cada um com a meação

1. A própria Constituição estimula a integralização de capital mediante conferência de bens imóveis, tanto que essa operação goza de imunidade tributária para efeito de imposto de transmissão de bens imóveis (CF/88, art. 156, § 2.º).

que lhe cabe do imóvel. Trata-se de uma verdadeira alienação à sociedade constituída, pois, a partir da integralização e subseqüente registro, o imóvel será de propriedade da pessoa jurídica, e não mais do sócio (pessoa física). E, como alienação que é, o recorrente, no caso do julgado, não tem como sua a totalidade do imóvel integralizado, mas tão-somente 50% do mesmo, pois a outra metade é de propriedade pessoal da esposa, não podendo, por mera anuência, ser desse modo transferido à sociedade em que apenas o recorrente, de modo unilateral, figura como sócio. A anuência nada mais é senão a prova de que um cônjuge não discorda da atuação do outro, mas não é modo de alienação.

Não há duvida de que, em se tratando de regime universal de bens, todas as quotas em uma sociedade, pertencentes a um dos cônjuges, comunicam-se ao outro, ou seja, passam a integrar o patrimônio do outro.

No presente caso, não é o fato do imóvel ser comum ao casal que gera a comunhão das quotas. Essa comunhão existirá de qualquer forma, em decorrência do regime patrimonial escolhido pelos cônjuges. Assim, a mera anuência serviria para a transferência de 50% do imóvel e não para a transferência da totalidade do mesmo. A integralização de quotas com imóvel comum ao casal demanda que os dois figurem como futuros sócios, ou que haja transferência por meio de negócio jurídico diverso da integralização (doação, venda, permuta, dação em pagamento) à sociedade. Pois bem, tendo sido estabelecida a necessidade de alienação *lato sensu*, a forma determinada por Lei para que esta ocorra é a escritura pública, salvo se incursa na hipótese de dispensa trazida pelo art. 108 do CC brasileiro (desnecessidade de escritura pública em negócios jurídicos sobre imóveis de valor até trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país). Outra não foi a exigência feita pelos julgadores de primeira e segunda instâncias.

Disso se extrai a segunda questão relevante, que se destaca no r. acórdão: para o imóvel por inteiro ser objeto de integralização em quotas de capital, apenas em nome do cônjuge subscritor (no caso, o marido), impunha-se escritura pública para instrumentalizar a alienação da metade ideal pertencente ao outro cônjuge (a esposa), já que esta não estava nem subscrevendo capital, nem o integralizando.

Não se pode tratar da exigência de escritura pública, para certos negócios jurídicos, sem identificar a função social notarial. A função notarial está diretamente ligada à idéia de orientação e auxílio jurídico das partes que procuram o Tabelião. Ao contrário da imagem que ao longo dos anos foi formada, a função notarial não está restrita somente a instrumentalizar negócios jurídicos como se o Tabelião fosse mero redator. Ela vai muito além, voltada ao fim maior, a segurança jurídica. Realmente quando a lei impõe, como requisito, a utilização de instrumento público, isso não resulta de um mero trâmite burocrático, como se fosse algo descabido e desnecessário.

Os negócios jurídicos que envolvem bens imóveis historicamente são tratados com um amparo legal mais rígido e mais solene. Isto porque é inerente à sua natureza uma maior relevância e uma importância mais acentuada no âmbito social. Seja por envolver maior monta financeira, seja por envolver alguns dos

direitos fundamentais das pessoas: direito à habitação, bem de família, propriedade etc.

Dessa forma o ordenamento jurídico sempre considerou imprescindível a realização dos negócios imobiliários na presença de (perante) um profissional do direito dotado de fé pública. A presença, portanto, do Tabelião, significa estar perante o próprio Estado. Revela-se, aí, a função social notarial, pois o notário se torna responsável pela tutela dos interesses das partes que estão perante ele. Segundo a Lei Federal 8.935/94, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro, o Tabelião é profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial. O notário não somente instrumentaliza a vontade das partes, por meio das escrituras públicas, como também zela pela legalidade dos negócios jurídicos realizados na sua presença. Deve agir ele de forma imparcial sem que eventual interesse de uma das partes torne o negocio jurídico prejudicial à outra parte.

A necessidade e razão da existência dos notários é justamente, sem exercer jurisdição (posto ser essa privativa do Poder Judiciário) evitar e prevenir litígios, garantindo a prestação de um serviço público eficiente e que gere segurança jurídica aos usuários. Os instrumentos públicos são dotados dos atributos de publicidade, autenticidade, segurança e eficácia. Podemos dizer que os Tabeliães trabalham no campo de prevenção de litígios, afinal zelam pela legalidade dos atos por eles praticados.

As partes e a sociedade necessitam do resguardo e do amparo legal prévio à realização de negócios jurídicos de maior relevo – como ocorre nas transmissões e onerações imobiliárias, o que ocorre com a intervenção do Tabelião nesses negócios jurídicos. Os instrumentos públicos gozam de publicidade, autenticidade, segurança e eficácia e isto é muito importante. Conseqüentemente a atividade notarial atua na esfera administrativa de prevenção de litígios, pois, a existência de ilegalidades ou de falta de equilíbrio nos negócios jurídicos acarreta litígios judiciais. A atuação da instituição está ligada à busca pela harmonia social. Segundo Larraud, citado por Miriam Saccol Comassetto: "A função notarial consiste em uma atividade jurídico-cautelar deferida ao tabelião com o fim específico de dirigir imparcialmente, os particulares na individualização regular de seus direitos subjetivos, para dotá-los de certeza jurídica, conforme a necessidade do tráfego e de sua prova eventual".[2]

Portanto, não há como evitar na integralização total de um bem imóvel por um dos cônjuges casado sob o regime da comunhão de bens que ocorra alienação da meação do não sócio por escritura pública, ou tornem-se ambos sócios da pessoa jurídica, podendo ocorrer nesta última hipótese integralização por instrumento particular.

Resta uma derradeira observação: o controle formal do ato jurídico de integralização de capital de sociedade, mediante conferência de bens imóveis, tocava, em primeiro lugar, e salvo melhor juízo, ao registro de empresas mercantis – art. 35, I e VII, da Lei 8.934/94, considerando-se, em especial, a superveniência dos

2. Miriam Sacol Comassetto. *A função notarial como forma de prevenção de litígios*. Porto Alegre: Norton, 2002. p. 61.

preceitos do Código Civil, a serem necessariamente considerados. Em um caso como o do acórdão aqui reproduzido e analisado, o mesmo questionamento quanto à integralização deveria ter sido objeto de exame, também no registro de empresas mercantis.

Bibliografia

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMASSETTO, Miriam Sacol. *A função notarial como forma de prevenção de litígios*. Porto Alegre: Norton, 2002.

FIUZA, César. *Direito civil* – Curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro* – Direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

2

Fraude à execução e boa-fé: mudou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça?

Bruno Mattos e Silva

Consultor Legislativo do Senado Federal

Resumo: No que se refere à relevância e caracterização da boa-fé do comprador de imóveis na fraude à execução prevista no art. 593, II, do CPC, a jurisprudência do STJ inovou em relação à jurisprudência tradicional dos tribunais estaduais e do STF anterior à Constituição Federal de 1988 e também em relação à doutrina tradicional. De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, a existência da boa-fé do comprador de imóveis não só é relevante para descaracterizar a fraude à execução, como é presumida, à míngua de prova em sentido contrário. Porém, recente julgamento da 3.ª Turma do STJ expressamente decidiu alterar essa orientação.

Palavras-chave: Boa-fé do comprador – Fraude à execução.

Abstract: About the "bona fides" of the buyer of real state property, the Brazilian Superior Court of Justice, in one case, has changed its orientation concerning fraud committed against creditors during an execution suit.

Keywords: "Bona fides" of the buyer – Fraud committed against creditors.

Sumário: 1. Introdução – 2. Uma aquisição imobiliária nula ou ineficaz "contamina" as subseqüentes? – 3. A jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça e a boa-fé do comprador – 4. O direito positivo atual – 5. O julgamento do REsp 618.625/SC – 6. Conclusão: a segurança jurídica, as reformas na execução e a tendência jurídica atual.

REsp 618.625 – SC (2003/0223708-0)
Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Kitak Bang – espólio
Advogado: Luiz Vieira da Silva – inventariante
Recorrido: Tomé Cardoso
Advogado: Vinicius Boni e outros

Ementa: Processo civil. Recurso Especial. Fraude à execução. Art. 593, II, do CPC. Presunção relativa de fraude. Ônus da prova da inocorrência da fraude de execução. Lei 7.433/1985. Lavratura de escritura pública relativa a imóvel. Certidões em nome do proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais. Apresentação e menção obrigatórias pelo tabelião. Cautelas para a segurança jurídica da aquisição do imóvel.

O inc. II do art. 593 do CPC, estabelece uma presunção relativa da fraude, que beneficia o autor ou exeqüente, razão pela qual é da parte contrária o ônus da prova da inocorrência dos pressupostos da fraude de execução.

A partir da vigência da Lei 7.433/1985, para a lavratura de escritura pública relativa a imóvel, o tabelião obrigatoriamente consigna, no ato notarial, a apresentação das certidões relativas ao proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais, que ficam, ainda, arquivadas junto ao respectivo Cartório, no original ou em cópias autenticadas.

Cabe ao comprador do imóvel provar que desconhece a existência da ação em nome do proprietário do imóvel, não apenas porque o art. 1.º da Lei 7.433/85 exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação de imóveis, mas, sobretudo, porque só se pode considerar, objetivamente, de boa-fé, o comprador que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição.

Tem o terceiro adquirente o ônus de provar que, com a alienação do imóvel, não ficou o devedor reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude disposta no art. 593, II, do CPC, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda, apesar de constar da escritura de transferência de propriedade do imóvel a indicação da apresentação dos documentos comprobatórios dos feitos ajuizados em nome do proprietário do imóvel.

Recurso especial ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por maioria, conhecer do recurso especial mas negar-lhe provimento. Vencidos os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2008 (data do julgamento) – NANCY ANDRIGHI, relatora.

RELATÓRIO – *A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi* (relatora): Recurso especial interposto pelo espólio de Kitak Bang, com arrimo nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJSC.

Ação de embargos de terceiro.

O ora recorrente opôs embargos de terceiro contra Tomé Cardoso, ora recorrido, alegando ser legítimo proprietário e possuidor a justo título de imóvel penhorado em ação de execução de sentença, movida pelo ora recorrido em face de Augustinho Silvestre. Alegou que o referido imóvel foi doado em 15.07.1988 por Augustinho Silvestre a seus filhos, tendo este ato cumprido com todas as formalidade legais, estando presente, inclusive, o representante do Ministério Público. Sustentou que em 16.12.1997, o imóvel foi vendido para Globe Agência e Transportes Ltda., tendo esta, poste-

riormente, em dação em pagamento por uma dívida trabalhista, alienado o bem para o ora recorrente.

Assim, na condição de senhor e possuidor a justo título, pleiteou o recorrente a liberação do imóvel objeto da penhora.

O embargado, ora recorrido, apresentou impugnação, alegando que haveria fraude à execução, pois a transação efetivada em 15.07.1988, entre Augustinho Silvestre e seus filhos, foi fraudulenta, posto que o imóvel não foi doado, mas sim vendido por um preço irrisório e que, além disso, essa venda teria ocorrido no curso da ação de conhecimento da qual derivou a execução onde se efetivou a penhora do imóvel.

Sentença: julgou procedentes os embargos de terceiro, tornando insubsistente a penhora sobre o imóvel (f.)

Acórdão: por maioria, deu provimento à apelação do ora recorrido, reformando a sentença e concluindo que a venda do imóvel ocorreu em fraude à execução e, portanto, era ineficaz em relação ao ora recorrido, o que teria contaminado as alienações posteriores; ficando assim ementado:

"Civil – Embargos de terceiro visando a retirada de constrição judicial sobre imóvel penhorado em execução de sentença proferida em ação de indenização – Fraude à execução – Configuração – Sentença reformada pelo colegiado jurisdicional do tribunal de justiça, para julgar improcedente a ação aforada, com imposição dos ônus de sucumbimento e punição por litigância de má-fé.

1. 'A venda realizada na pendência da lide que reduz o devedor ao estado de insolvente, frauda o poder jurisdicional do Estado, criando sua própria ineficácia originária e se constitui em ato atentatório à dignidade da Justiça' (*RJTJRGS* 151/365).

2. 'E litigante de má-fé aquele que alega fato de cuja falta de fundamento tem conhecimento por decorrer de ato praticado por ele próprio' (*RT* 590/119).

3. 'A litigância de má-fé pode ser imposta de ofício pelo Juiz porque objetiva a lei reprimir a má conduta processual da parte quando ela atenta à dignidade da Justiça e pode comprometer o bom nome do mecanismo judiciário e de seus órgãos. E isso afetaria o direito material do contendor' (*RJTJRGS* 160/423)" (f.).

Embargos de declaração: não foram opostos.

Recurso especial: alega violação, em síntese, aos artigos:

a) 593, II, do CPC, pois o acórdão recorrido reconheceu a fraude à execução, mas não estariam presentes os requisitos para sua caracterização. Nesse ponto, alega, ainda, haver dissídio jurisprudencial com julgado do STJ, que entendeu que "quando o bem não tiver sido adquirido diretamente do executado, mas sim de terceiro por terceiro, para que a fraude à execução lhe seja imputada, necessário é que houvesse comprovação de que o adquirente tinha ciência da existência da demanda."(f); e

b) 17, 18 e 601, todos do CPC, pois o acórdão recorrido aplicou indevidamente "multa de 1% e indenização de 20%" sobre o valor atualizado do débito em execução, por ter entendido que o ora recorrente agiu em litigância de má-fé.

Prévio juízo de admissibilidade: após contra-razões, foi o recurso especial admitido na origem apenas com fundamento na alínea *c* do permissivo constitucional.

É o relatório.

VOTO – *A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi* (relatora):

a) Da alegada violação ao art. 593, II, do CPC.

A questão controvertida consiste em saber se a pendência de ação de conhecimento, da qual possa decorrer a insolvência do devedor, é abrangida pela hipótese prevista no art. 593, II,

do CPC. A matéria jurídica encontra-se devidamente prequestionada, com perfeita viabilização do acesso à instância especial. Conforme consta do acórdão recorrido (f.), Augustinho Silvestre, à época do evento danoso que causou ao ora recorrido (fevereiro de 1984), era proprietário de nada menos do que 9 (nove) imóveis no Município de Itajaí; e que dos meses de setembro de 1984 a julho de 1988 vendeu alguns desses imóveis e doou outros aos filhos, culminando por não possuir mais nenhum bem imóvel após a citação da ação de conhecimento movida pelo ora recorrido em fevereiro de 1987 e contestada em junho do mesmo ano (f.).

Portanto, a partir da ocorrência do fato danoso (em fevereiro de 1984), Augustinho Silvestre passou, numa seqüência de atos, a transferir seus imóveis para os filhos, ficando sem nenhum após a citação da ação de conhecimento movida pelo ora recorrido o que o reduziu à insolvência.

De fato, conforme consta no acórdão recorrido (f.), quando foi iniciada a execução da sentença da ação condenatória movida pelo ora recorrido contra Augustinho Silvestre, o Oficial de Justiça não encontrou bens em nome do mesmo, o que, sem dúvida, caracteriza a insolvência.

Todavia, a incidência do disposto no art. 593, II, do CPC não é automática, isto é, decorrente apenas da alienação na pendência de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência.

Realmente, conquanto o STJ já tenha assentado o entendimento de que a citação válida do devedor, a partir da qual já se pode caracterizar a alienação com fraude à execução, não é somente a que ocorre no processo de execução, mas pode ser relativa à ação de conhecimento cujo julgamento seja capaz de reduzir o devedor à insolvência (REsp 97646/SP; rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 18.11.1996; AgRg no Ag 11.981/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 23.09.1991; AgRg no Ag 268.815/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 09.10.2000 e REsp 234.473/SP, de minha relatoria, *DJ* 18.02.2002); tem-se exigido que a citação do devedor seja registrada, a fim de caracterizar a alienação fraudulenta, ou, então, que o credor prove o conhecimento do adquirente sobre a pendência de demanda judicial contra o alienante, à época da aquisição. É o que ficou esclarecido no julgamento do REsp 235.267/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (*DJ* 08.03.2000), do REsp 234.473/SP, de minha relatoria (*DJ* 18.02.2002) e no AgRg no REsp 625.232/RJ, também por mim relatado (*DJ* 02.08.2004), este assim ementado, no que interessa:

"Para que exista fraude à execução é preciso que a alienação do bem tenha ocorrido após registrada a citação válida do devedor ou, então, que o credor prove o conhecimento do adquirente sobre a existência de demanda pendente contra o alienante, ao tempo da aquisição."

Por outro lado, doutrina e jurisprudência têm exigido, nos casos em que inexistente o registro da citação ou da penhora, que ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso ou da constrição. Em sede doutrinária, pode-se citar Humberto Theodoro Júnior (*Processo de execução*. São Paulo: Leud, 2005. p. 219) e o próprio Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (*Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 459).

Nesse sentido, confiram-se: REsp 111.899/RJ, *DJ* 08.11.1999, rel. Min. Eduardo Ribeiro; REsp 153.020/SP, *DJ* 26.06.2000, rel. Min. Barros Monteiro; REsp 246.625/MG, *DJ* 28.08.2000, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; REsp 218.290/SP, *DJ* 26.06.2000, rel. Min. Waldemar Zveiter, este último assim ementado:

"Segundo jurisprudência dominante neste STJ, para a caracterização da fraude

de execução é preciso que a alienação tenha ocorrido depois da citação válida, devendo este ato estar devidamente inscrito no registro ou que fique provado que o adquirente sabia da existência da ação. No caso concreto, saliente-se que os embargantes não adquiriram o imóvel do próprio devedor, mas de terceiro, presumindo-se sua boa-fé, até porque, sequer execução existia".

Todavia, nesta oportunidade, meditando melhor sobre a questão e, principalmente, sopesando que este entendimento acaba, em última análise, por privilegiar a fraude à execução por torná-la mais difícil de ser provada, ouso divergir do respeitável entendimento acima transcrito quanto à questão relativa ao ônus da prova sobre a ciência, pelo terceiro-adquirente, da demanda em curso ou da contrição.

Isso porque, o inc. II, do art. 593, do CPC, estabelece uma presunção relativa da fraude, que beneficia o autor ou exeqüente ("*Considera-se em fraude de execução* a alienação ou oneração de bens quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência " – grifado).

Portanto, em se tratando de presunção, é da parte contrária o ônus da prova da inocorrência dos pressupostos da fraude de execução (CPC, art. 334, IV), porque, como adverte José Carlos Barbosa Moreira, "a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de demonstrar o contrário, independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu" (As presunções e a prova. *Temas de direito processual.* (1.ª série) 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 60.)

Por conseguinte, caberá ao terceiro adquirente, através dos embargos de terceiro (arts. 1.046 e seguintes), ou provar que, com a alienação ou oneração, não ficou o devedor reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude disposta no art. 593, II, do CPC, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda.

De fato, impossível desconhecer-se a publicidade do processo, gerada pelo seu registro e pela distribuição da petição inicial (CPC, arts. 251 e 263), no caso de venda de imóvel de pessoa demandada judicialmente, ainda que não registrada a penhora ou mesmo a citação.

Isso porque, diante da publicidade do processo, o adquirente de qualquer imóvel deve acautelar-se, obtendo certidões dos cartórios distribuidores judiciais, que lhe permitam verificar a existência de processos, envolvendo o vendedor, nos quais possa haver constrição judicial (ainda que potencial) sobre o imóvel negociado. Aliás, a apresentação das referidas certidões, no ato da lavratura de escrituras públicas relativas a imóveis, é obrigatória, ficando, ainda, arquivadas junto ao respectivo Cartório, no original ou em cópias autenticadas (cf. §§ 2.º e 3.º, do art. 1.º, da Lei 7.433/1985).

Assim, se a partir da vigência da Lei 7.433/1985 para a lavratura da escritura pública relativa a imóvel, o tabelião obrigatoriamente consigna, "no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório" dos "feitos ajuizados", não é crível que a pessoa que adquire imóvel (ou o recebe em dação em pagamento), desconheça a existência da ação distribuída (ou da penhora) em nome do proprietário do imóvel negociado.

Diante disso, cabe ao comprador do imóvel provar que desconhece a existência da ação em nome do vendedor do imóvel, não apenas porque o art. 1.º, da Lei 7.433/85 exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação de imóveis, mas, sobretudo, porque só se pode considerar, objetivamente, de boa-fé, o comprador

que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição.

Aliás, neste mesmo sentido é o acórdão proferido no REsp 87.547/SP, rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 22.03.1999, assim ementado:

"Processo civil. Execução fiscal. Fraude à execução. Redirecionada a execução fiscal contra o sócio-gerente, o débito tributário já está em fase de execução contra este (CTN, art. 185), e, *feitas as anotações próprias no setor de distribuição do foro, o fato já se reveste de publicidade, podendo ser conhecido pelas pessoas precavidas que subordinam os negócios de compra e venda de imóveis à apresentação das certidões negativas forenses*. Recurso Especial não conhecido" (grifado).

Naquele julgamento, conclui-se pela existência de fraude à execução, pois havia o registro da execução em nome do vendedor no distribuidor forense. Não vejo como aqui possa ser visto de forma diversa.

Realmente, conforme reconheceu o acórdão acima, as *pessoas precavidas* são aquelas que *subordinam os negócios de compra e venda de imóveis à apresentação das certidões negativas forenses*. Este dado – apresentação das certidões negativas forenses – é passível de aferição objetiva: ou foram apresentadas ao comprador ou não foram. Se o foram, cabe a ele provar o contrário, isto é, que desconhecia a existência de ação judicial em nome do vendedor do imóvel.

Portanto, tem o terceiro adquirente o ônus de provar, nos embargos de terceiro, que, mesmo constando da escritura de transferência de propriedade do imóvel a indicação da apresentação dos documentos comprobatórios dos feitos ajuizados em nome do proprietário do imóvel, que não lhe foi possível tomar conhecimento desse fato.

Neste processo, observa-se que o acórdão recorrido é omisso em relação à existência da prova de que o adquirente, ora recorrente, não tinha conhecimento da ação de indenização ajuizada em face do proprietário do imóvel, ao tempo em que recebeu em dação em pagamento o imóvel em questão.

Portanto, partindo-se da análise fática exposta no acórdão recorrido, a alegação de violação ao art. 593, II, do CPC esbarra no teor da Súmula 7 desta Corte.

b) Do dissídio jurisprudencial

Relativamente à pretensão calcada na alínea "c", do permissivo constitucional, tem-se que o dissídio diz respeito justamente ao ônus da prova sobre a ciência, pelo terceiro-adquirente, da demanda em curso ou da contrição. Apesar de conhecer-se do recurso, nesse ponto, porque devidamente comprovada a divergência jurisprudencial, é de negar-se-lhe provimento, tendo em vista os fundamentos anteriormente expendidos.

c) Da alegada violação aos arts. 17, 18 e 601, todos do CPC

Após o exame dos fatos, o TJSC concluiu que o recorrente "não agiu com seriedade no ato de postular, servindo-se do processo para tentar obter razão, quando sabidamente não a tem. A parte que altera intencionalmente a verdade dos fatos, provocando incidentes manifestamente infundados, é litigante de má-fé e por isso deve ser condenada" (f.).

Como se percebe, com base em elementos de fato que lhe foram apresentados, o Tribunal *a quo* afirma, categoricamente, que o ora recorrente agiu com má-fé. A demonstração do contrário e, portanto, alteração nas conclusões do acórdão, demandaria o reexame das circunstâncias fáticas e das provas apresentadas, procedimento defeso em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 deste STJ. Forte em tais razões, conheço do Recurso Especial, mas nego-lhe provimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.ª T. ; Número Registro: 2003/0223708-0; REsp 618625/SC; Número Origem: 148172; Pauta: 19.02.2008; Julgado: 19.02.2008; Relatora: Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro Sidnei Beneti; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Haroldo Ferraz da Nobrega; Secretária: Bela. Solange Rosa dos Santos Veloso.
Autuação – Recorrente: Kitak Bang – espólio – Advogado: Luiz Vieira da Silva – Inventariante; Recorrido: Tomé Cardoso – Advogados: Vinicius Boni e outros; Assunto: Execução – Penhora.

CERTIDÃO – Certifico que a e. 3.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, acompanhando a Sra. Ministra Relatora, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial mas, negou-lhe provimento. Votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler. Vencidos os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Castro Filho.
Brasília, 19 de fevereiro de 2008.
Solange Rosa Dos Santos Veloso, secretária.

COMENTÁRIO

1. INTRODUÇÃO

A 3.ª T. do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu julgamento em que expressamente afirmou estar alterando a jurisprudência consolidada referente à fraude à execução: trata-se do REsp 618.625/SC, j. 19.02.2008.

Assim, o STJ sinalizou que pode existir significativa mudança no seu entendimento a respeito da relevância e da caracterização da boa-fé do comprador de imóveis na fraude à execução prevista no art. 593, II, do CPC.

Vamos analisar toda essa questão, à luz da jurisprudência tradicional, da jurisprudência atual do STJ, bem como do novo precedente.

2. UMA AQUISIÇÃO IMOBILIÁRIA NULA OU INEFICAZ "CONTAMINA" AS SUBSEQÜENTES?

O sistema registral imobiliário brasileiro adota o princípio de que se *presume* ser proprietário do imóvel a pessoa em que nele figura nessa situação. Isso significa que o registro pode ser alterado, caso um interessado demonstre que a pessoa que figura como proprietária do imóvel no registro imobiliário não é a verdadeira proprietária. Por isso se diz que nosso sistema adota o princípio de que o registro é *relativo* e não *absoluto*.

Essa questão deixa de ser meramente teórica ou acadêmica quando estamos diante da invalidação ou declaração de nulidade ou ineficácia de um registro pretérito, do qual decorreu o registro atual da pessoa que figura como proprietária.

Os casos mais comuns em que isso acontece são as hipóteses de registro de aquisição de imóvel em fraude à execução, em fraude contra credores, em fraude a herdeiros, ou mediante procuração falsa, que, posteriormente, é alienado para terceira pessoa, que adquire a propriedade do imóvel por meio de uma operação aparentemente sem qualquer vício.

A questão, assim, é a seguinte: uma alienação de imóvel passível de invalidação, declaração de nulidade ou de ineficácia, pode "contaminar" as alienações subseqüentes?

3. A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO STJ E A BOA-FÉ DO COMPRADOR

O Superior Tribunal de Justiça até chegou a afirmar, em uns poucos julgamentos, que a validade e eficácia da aquisição da propriedade imobiliária, decorrente do último registro de transferência dessa propriedade, dependeria da validade ou eficácia das aquisições anteriores. Podemos destacar os seguintes precedentes:

"Processual civil. Fraude à execução. Alienações sucessivas. I – A sentença mantida por esta Corte, no sentido de que houve fraude à execução na alienação do imóvel em questão, contamina as posteriores alienações. Precedente. II – Recurso especial não conhecido".[1]

"A venda de bem feita por procurador a quem não foram outorgados poderes para realizar o negócio apresenta vício insanável, não sendo possível prestigiar a boa-fé daquele que, em venda sucessiva, adquire o imóvel de pessoa em cujo nome o imóvel foi registrado".[2]

"Processual civil. Fraude de execução. Alienações sucessivas. Contaminação.

Ineficaz, em relação ao credor, a alienação de bem, pendente lide que pode levar à insolvência do devedor, a fraude de execução contamina as posteriores alienações, independentemente de registro da penhora que sobre o mesmo bem foi efetivada, tanto mais quando, como no caso, já fora declarada pelo juiz da execução, nos próprios autos desta, a ineficácia daquela primeira alienação".[3]

Esses julgamentos seguiam a orientação do STF anterior à Constituição Federal de 1988, quando o STF era competente para apreciar, em recurso extraordinário, a violação à lei federal:

"Compra e venda. Nulidade. Registro imobiliário. Ato ilícito. Terceiro de boa-fé.

1. O registro imobiliário em favor de terceiro não é óbice a que se reivindique o imóvel cuja alienação está viciada originariamente. 2. A restituição das partes ao 'statu quo ante', quando da anulação do negócio jurídico, é imposição

1. STJ, 3.ª T., REsp 217.824/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 13.04.2004, *DJ* 17.05.2004.
2. STJ, 3.ª T., REsp 62.308/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 08.06.1999, *DJ* 27.09.1999.
3. STJ, 3.ª T., REsp 34.189/RS, rel. Min. Dias Trindade, j. 14.03.1994, *DJ* 11.04.1994.

inarredável, sem que disso resulte desamparo ao terceiro de boa-fé, cujas formas de proteção o ordenamento jurídico prevê. Recurso extraordinário conhecido e provido".[4]

Trata-se de entendimento mantido até hoje pelo Tribunal Superior do Trabalho a respeito do tema:

"Oportuno ressaltar que os terceiros de boa-fé (elemento subjetivo alheio ao art. 593, II, do CPC) não podem se opor ao negócio feito em fraude à execução (que se perfaz unicamente com os elementos objetivos), que restou incontroverso *in casu* e que não constitui o objeto da presente rescisória, razão pela qual os eventuais prejuízos sofridos pelos adquirentes devem ser solvidos pela via ordinária da ação de regresso contra o alienante (no caso, o Executado), junto à Justiça Estadual Comum".[5]

Contudo, a jurisprudência largamente majoritária do STJ atualmente é no sentido de que o terceiro adquirente não pode perder a propriedade do imóvel, salvo se demonstrada a sua má-fé:

"Processo civil. Fraude à execução. Terceiro de boa-fé.

A ineficácia, proclamada pelo art. 593, II, do CPC, da alienação de imóvel com fraude à execução não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé. Embargos de divergência conhecidos, mas não providos".[6]

"Direito processual civil. Execução de título extrajudicial. Fraude de execução. Pressupostos. Análise. Penhora não efetivada. Prova da insolvência do devedor. Ônus do credor. – Para que a alienação ou oneração de bens seja considerada em fraude de execução, quando ainda não realizada a penhora, é necessário que o credor faça a prova da insolvência de fato do devedor. – Não há de se falar em presunção de insolvência do devedor em favor do credor, portanto, quando ainda não efetivado o ato de constrição sobre os bens alienados. Isso porque a dispensabilidade da prova da insolvência do devedor decorre exatamente da alienação ou oneração de bens que já se encontram sob constrição judicial. Recurso especial provido".[7]

"Civil. Sucessão hereditária. Alienação de ascendente a descendentes. Venda posterior a terceiros. Ação de declaração de nulidade das escrituras. CC, art. 1.132. Aquisição de boa-fé. Ato anulável. Prova de venda efetuada por valor inferior ao dos bens. Ausência.

1. A venda por ascendente aos filhos depende do consentimento de todos os descendentes, nos termos do art. 1.132 do CC, sendo desinfluente o fato de o reconhecimento e registro daqueles concebidos fora da relação matrimonial, mas em sua constância, ter ocorrido após a alienação dos imóveis, porquanto se

4. STF, 1.ª T., RE 91820/RJ, rel. Min. Thompson Flores, j. 29.02.1980, *RTJ*, v. 93-03, p. 1.353.
5. TST, SBDI-2, ROAR 40966/2001-000-05-00, rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 14.03.2006, *DJ* 31.03.2006.
6. STJ, 2.ª Seção, EREsp 144.190/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 14.09.2005, *DJ* 01.02.2006.
7. STJ, 3.ª T., REsp 867.502/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2007, *DJ* 20.08.2007.

a existência de irmãos era desconhecida dos filhos legítimos, o mesmo não acontecia em relação ao genitor, na hipótese. (...) III. Impossibilidade, de outro lado, e independentemente disso, de se atingir as alienações ulteriores a terceiros de boa-fé, mormente quando concluído nos autos que os descendentes que lhes venderam parte dos imóveis não sabiam, à época, da existência de irmãos concebidos de vínculo extraconjugal".[8]

Como se vê, a jurisprudência predominante do STJ é no sentido de que não apenas a boa-fé do comprador é presumida e relevante para descaracterizar a fraude à execução (o que discrepou do entendimento da doutrina, dos tribunais estaduais, do TST, e do STF anterior à CF/88), como a última aquisição não seria "contaminada" por eventual vício de aquisição anterior.

Assim, uma aquisição imaculada sanaria eventual vício de aquisição pretérita, de modo a proteger o comprador reputado como de boa-fé, à míngua de prova em sentido contrário, que era ônus do credor ou do interessado na anulação dos atos de alienação.

4. O DIREITO POSITIVO ATUAL

Diz o novo Código Civil:

"Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.

Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente".

A tese acolhida pela jurisprudência majoritária do STJ, portanto, está mais enfraquecida desde o advento do novo Código Civil, em razão do disposto no art. 1.247, parágrafo único, que textualmente afirma a irrelevância da boa-fé do terceiro adquirente.[9]

O art. 1.247 não diz, mas há títulos que sanam a propriedade defeituosa, como o usucapião, previsto nos arts. 1.238 a 1.244 do novo CC. Evidentemente, não se pode afirmar, à luz do direito positivo atual, que qualquer título tem esse efeito: não se pode equiparar aquisições *originárias*, como usucapião, com aquisições *derivadas*, como a compra e venda.

5. O JULGAMENTO DO REsp 618.625/SC

A 3.ª T. do STJ, ao julgar em 19.02.2008 o REsp 618.625/SC,[10] por maioria, afirmou que não se poderia presumir a boa-fé do comprador se existente registro

8. STJ, 4.ª T., REsp 74.135/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 07.11.2000, *DJ* 11.12.2000.
9. SILVA, Bruno Mattos e. *Compra de imóveis*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 12.
10. "Relatório (...) O ora recorrente opôs embargos de terceiro contra T. (...), ora recorrido, alegando ser legítimo proprietário e possuidor a justo título de imóvel penhorado em ação de execução de sentença, movida pelo ora recorrido em face de A. (...). Alegou que o referido imóvel foi doado em 15.07.1988 por A. (...) a seus filhos, tendo este ato cumprido com todas as formalidade legais, estando presente, inclusive, o representante do Ministério Público. Sustentou que em

no distribuidor de ação que possa levar o vendedor à insolvência. Concluiu esse julgamento pela existência de fraude à execução nos termos do art. 593, II, do CPC.

O voto condutor da Ministra Nancy Andrighi expressamente afirmou estar revendo a jurisprudência predominante do STJ, por entender que dificulta de sobremaneira a aplicação do instituto da fraude à execução, impondo ônus excessivo ao credor.

Não é possível exigir, como o faz a jurisprudência predominante do STJ, que a prova do conhecimento da ação que possa levar o devedor à insolvência ocorra por meio de registro *no cartório imobiliário*: a legislação apenas permite a averbação da execução por título extrajudicial na matrícula do imóvel, a teor do art. 615-A do CPC.[11] A existência de processo de conhecimento, que não

> 16.12.1997, o imóvel foi vendido para G. (...), tendo esta, posteriormente, em dação em pagamento por uma dívida trabalhista, alienado o bem para o ora recorrente. (...) O embargado, ora recorrido, apresentou impugnação, alegando que haveria fraude à execução, pois a transação efetivada em 15.07.1988, entre A. (...) e seus filhos, foi fraudulenta, posto que o imóvel não foi doado, mas sim vendido por um preço irrisório e que, além disso, essa venda teria ocorrido no curso da ação de conhecimento da qual derivou a execução onde se efetivou a penhora do imóvel. (...) Acórdão: por maioria, deu provimento à apelação do ora recorrido, reformando a sentença e concluindo que a venda do imóvel ocorreu em fraude à execução e, portanto, era ineficaz em relação ao ora recorrido, o que teria *contaminado* as alienações posteriores (...) VOTO. A questão controvertida consiste em saber se a pendência de ação de conhecimento, da qual possa decorrer a insolvência do devedor, é abrangida pela hipótese prevista no art. 593, II, do CPC. (...). Este dado – apresentação das certidões negativas forenses – é passível de aferição objetiva: ou foram apresentadas ao comprador ou não foram. Se o foram, cabe a ele provar o contrário, isto é, que desconhecia a existência de ação judicial em nome do vendedor do imóvel. Portanto, tem o terceiro adquirente o ônus de provar, nos embargos de terceiro, que, mesmo constando da escritura de transferência de propriedade do imóvel a indicação da apresentação dos documentos comprobatórios dos feitos ajuizados em nome do proprietário do imóvel, que não lhe foi possível tomar conhecimento desse fato. Neste processo, observa-se que o acórdão recorrido é omisso em relação à existência da prova de que o adquirente, ora recorrente, não tinha conhecimento da ação de indenização ajuizada em face do proprietário do imóvel, ao tempo em que recebeu em dação em pagamento o imóvel em questão. Portanto, partindo-se da análise fática exposta no acórdão recorrido, a alegação de violação ao art. 593, II, do Código de Processo Civil esbarra no teor da Súmula 7 desta Corte. (...) Forte em tais razões, conheço do recurso especial, mas nego-lhe provimento." (Original sem destaques)

11. "Art. 615-A. O exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.
§ 1.º O exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

diz respeito a imóvel matriculado (ao contrário de uma reivindicatória ou da hipótese de penhora do imóvel) mas pode ensejar a aplicação do art. 593, II, do CPC, não pode ser registrada ou averbada no cartório imobiliário, por absoluta falta de previsão legal. Nesses termos, de acordo com a legislação atual, o registro da ação que não está em fase de execução, mas que pode levar o vendedor à insolvência, somente pode estar no *distribuidor forense* e não no cartório de imóveis. Inexistindo o registro no *distribuidor forense*, aí sim poderia ser afastada a fraude à execução, para que se proteja o comprador cauteloso de boa-fé que confiou nos registros públicos, garantindo-se a segurança jurídica das operações imobiliárias.[12]

Portanto, a orientação trilhada no REsp 618.625/SC está tecnicamente correta.

Além disso, a fraude à execução reconhecida nesse processo foi relativa à aquisição anterior à do atual proprietário do imóvel. Ou seja, implicitamente, o julgamento do REsp 618.625/SC afirmou que a última aquisição não tem o condão de sanar a nulidade ou a ineficácia de aquisição prévia, que contamina as aquisições subsequentes. Portanto, embora sem fazê-lo textualmente, esse julgamento aplicou o espírito do art. 1.247, do novo CC.

Pode-se levantar que o estudo da validade e eficácia das aquisições pretéritas como pressuposto de aferição da segurança da aquisição atual seria algo "exagerado" ou mesmo "desnecessário". Ouso discordar! Ainda que a jurisprudência ainda predominante proteja o comprador que ela reputa e presume de boa-fé, há dois aspectos que devemos levar em consideração:

a) o art. 1.247 do novo CC expressamente considera irrelevante a boa-fé do comprador na hipótese de vício em aquisição anterior;

b) simplesmente não se pode prever qual será o entendimento do Judiciário no caso concreto quanto à validade da aquisição atual, se existir qualquer fundamento para declaração de invalidade ou ineficácia de aquisição pretérita, da qual a propriedade atual é derivada.

Na prática, no contexto da *advocacia preventiva*, o julgamento do REsp 618.625/SC é uma prova de que o estudo da validade e eficácia das aquisições pretéritas como pressuposto de aferição da segurança da aquisição atual deve ser efetuado!

§ 2.º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3.º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).

§ 4.º O exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2.º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5.º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo."

12. SILVA, Bruno Mattos e. *Compra...* cit., 6. ed., p. 93.

Quantas aquisições devem ser estudadas pelo adquirente do imóvel? O entendimento tecnicamente correto é no sentido de que devem ser estudadas todas as aquisições ocorridas durante o lapso temporal necessário para o usucapião, que tem o condão de sanar os vícios anteriores.

Essa questão está mais evidente com advento da Lei 10.931, de 02.08.2004, que acrescentou o § 5.º ao art. 214 à Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), de seguinte teor:

"Art. 214. [...]

[...]

§ 5.º A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel".

6. CONCLUSÃO: A SEGURANÇA JURÍDICA, AS REFORMAS NA EXECUÇÃO E A TENDÊNCIA JURÍDICA ATUAL

É desnecessário tecer comentários a respeito da necessidade de segurança jurídica para o desenvolvimento do país. Em um país carente de segurança jurídica, os investidores exigem uma "taxa de retorno" mais elevada para suas aplicações, proporcional aos riscos assumidos.

No que se refere à segurança jurídica, é necessário proteger o comprador de boa-fé, como é necessário proteger o credor e a eficácia das decisões judiciais.

Vimos que a jurisprudência predominante do STJ tutela o comprador que ela reputa de boa-fé, à míngua de prova em contrário, ainda que diante de vício em aquisição pretérita da qual a propriedade atual seja derivada. Tem-se em mente a segurança jurídica necessária às operações imobiliárias.

Por outro lado, a fraude à execução protege o credor e a eficácia das decisões judiciais, de modo a evitar atos lesivos de devedores que possam se subtrair do cumprimento de suas obrigações. Tem-se em mente a segurança jurídica necessária à atividade econômica em geral.

Atualmente, percebe-se a existência de uma busca por aumentar a efetividade das execuções. As reformas recentes do Código de Processo Civil, tal como a efetuada pela Lei 11.382, de 06.12.2006, é uma clara demonstração de que é necessário buscar mecanismos para se aumentar a efetividade da jurisdição, proteger o crédito, aumentar a segurança jurídica, reduzir o "custo Brasil" para, finalmente, ocorrer o desenvolvimento econômico.

É preciso, portanto, conciliar a necessidade de proteção do comprador do imóvel com a necessidade de proteção do credor do vendedor. Como isso pode ser feito?

Evidentemente, não deve ser adotada a orientação que, aplicando a letra fria do art. 593 do CPC, afirma que a boa-fé do comprador é irrelevante para a descaracterização da fraude à execução. Por outro lado, afirmar que é necessária a existência de má-fé do comprador para a caracterização da fraude à execução (e ainda impor o ônus dessa prova ao credor), além de não estar de acordo com os dispositivos legais apontados, fere de morte qualquer tentativa de dar à jurisdição um mínimo de efetividade.

É preciso dar uma solução intermediária. Aliás, quase sempre a melhor orientação é a que mitiga o rigor de teorias antagônicas. O processo é dialético: diante da *tese* (orientação da doutrina tradicional, dos tribunais estaduais, do TST e do STF pré-Constituição Federal de 1988), foi criada a *antítese* (jurisprudência predominante do STJ). Ambas não se revelam satisfatórias: é preciso, agora, criar a *síntese*.

Portanto, deve ser seguida a linha traçada pelo REsp 618.625/SC: a existência da boa-fé do comprador é relevante na aferição da existência ou inexistência de fraude à execução, mas ela não deve ser presumida quando há registro, no distribuidor forense, de ação que possa levar o vendedor à insolvência.

Trata-se do entendimento que venho defendendo desde 1998, quando foi lançada a primeira edição do livro *Compra de imóveis*:

"Em outras palavras, a existência ou não de boa-fé será constatada pela resposta à seguinte indagação: tinha condições o comprador de, tomando todas as cautelas possíveis, saber da inviabilidade jurídica da compra? Se negativa a resposta, a boa-fé é presumida e, portanto, deve ser prestigiada".[13]

Essa orientação começa a ser acolhida também no âmbito da produção normativa: o substitutivo ao Projeto de Lei 3.057, de 2000, aprovado em 12.12.2007 por Comissão Especial criada pela Câmara dos Deputados, contém o seguinte dispositivo:

"Art. 129. Não são considerados terceiros de boa-fé, para os fins previstos nos arts. 472 e 593 da Lei 5.869, de 11.01.1973 (Código de Processo Civil), os adquirentes de bens imóveis que não tenham exigido a apresentação das certidões que demonstrem a situação de solvabilidade dos alienantes".[14]

Com esse entendimento, estará protegido não só o credor, mas também o comprador com a boa-fé aferida objetivamente, que subordina seus negócios a cautelas mínimas, como o singelo pedido de certidões nos cartórios de protesto e dos distribuidores forenses.

7. Bibliografia

SILVA, Bruno Mattos e. *Compra de imóveis*. São Paulo: Atlas, 1998.
_____. _____. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

13. SILVA, Bruno Mattos e. *Compra*... cit., 1998. p. 100.
14. Parecer da Comissão Especial publicado no *Diário da Câmara dos Deputados* de 20.02.2008, Letra B.

Íntegra

1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo

AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA. Ação de conhecimento. A averbação premonitória deve ser utilizada tão-somente para os casos de ações executivas nos termos do art. 615-A do CPC. Impossibilidade de interpretação analógica para a averbação em ações de conhecimento.

Processo 583.00.2007.193644-7

Vistos.
Cuida-se de procedimento de dúvida suscitado pelo 11.º Oficial de Registro de Imóveis a requerimento de Antônio José dos Santos, que pretende o registro de Certidão de Distribuição de Ação Ordinária do imóvel matrícula 323.845 daquela circunscrição imobiliária. O interessado apresentou impugnação. O Ministério Público opinou pela procedência da dúvida.
É o relatório.

Fundamento e decido.
Segundo consta dos autos o título foi recusado porque não está previsto o seu registro em lei. Forçoso reconhecer que a dúvida é procedente. É certo que o art. 167, I, alínea 21, da Lei 6.015/73 permite o registro "das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis", contudo este não se aplica ao caso. Na questão posta, o suscitante se insurgiu contra a recusa do Registrador de registrar uma certidão de distribuição de ação ordinária onde o autor discute o contrato de compra e venda firmado entre as partes. No entanto, este documento não é hábil para ter ingresso no fólio real, pois não reflete o vínculo processual entre as partes que se dará com a efetiva citação, inclusive há possibilidade de a parte contrária reconhecer os atos imputados na inicial. O argumento do patrono do interessado no sentido de aplicabilidade do art. 615-A do CPC, não deve prosperar. É certo que a Lei 11.382/2006 trouxe ao ordenamento jurídico a possibilidade de averbação da certidão comprobatória do ajuizamento da execução, contudo não se aplica ao caso concreto. A própria lei em seu texto deixa claro que esta certidão deve tratar de ação de execução e não outra qualquer, não cabendo neste caso interpretação por analogia, pelo princípio da legalidade, inclusive este artigo foi acrescido ao título II do Código de Processo Civil que trata exclusivamente das Diversas Espécies de Execução. Portanto, não há vínculo processual entre as partes que mereça registro tabular. Cabe ressaltar que a publicidade da ação ordinária se dará no próprio distribuidor forense.
Por todo o exposto julgo *procedente* a dúvida suscitada pelo 11.º Oficial de Registro de Imóveis a requerimento de Antônio Jose dos Santos, cujo título foi prenotado sob o n. 804.251.

Oportunamente cumpra o art. 203, I, da Lei 6.015/73.
PRIC.

São Paulo, 6 de março de 2008 – GUSTAVO HENRIQUE BRETAS MARZAGÃO. Juiz de Direito.
(*DOE* 25.03.2008)

Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

PENHORA. Ato registrário. Reforma processual decorrente da Lei 11.382/2006. A reforma processual decorrente da Lei 11.382/2006 não alterou a Lei 6.015/73 com relação aos atos decorrentes de constrições judiciais que continuam a ser registro em sentido estrito. Imprecisão terminológica por parte do legislador ao usar a expressão "averbação" na redação atual dos arts. 659, §§ 4.º e 6.º, e 698, ambos do CPC.

Processo 2007-145641

Interessados: Victor Raul Videira Fernandes e 2.º Ofício de Justiça de Cabo Frio

PARECER

Consulta acerca do correto ato a ser praticado para inserção de penhora no assentamento imobiliário. Prevalência das disposições da Lei 6.015/73 sobre as alterações feitas no CPC pela Lei 11.382/2006. Penhora que continua sujeita ao registro no fólio real. Correção do procedimento do Oficial do 2.º Ofício de Justiça de Cabo Frio, não havendo qualquer medida disciplinar a ser adotada pela Administração. Sugestão de encaminhamento de resposta ao consulente e arquivamento do processo.

Cuida-se de consulta formulada pelo Dr. Victor Raul Videira Fernandes, OAB n. 36807, acerca do ato pertinente para inclusão no fólio real de penhora efetivada nos autos de processo judicial.

A Divisão de Instrução e Pareceres para Serventias Extrajudiciais manifestou-se às f.

Os autos vieram ao gabinete deste Juiz Auxiliar para análise.

O ponto central da dúvida objeto da consulta reside na contradição existente entre a dicção dos arts. 167, I, alínea 5; 239 e 240, todos da Lei 6.015/73 e a nova redação dada pela Lei 11.382/2006 aos arts. 659, §§ 4.º e 6.º, e 698 do CPC. As disposições da Lei 6.015/73, que eram corroboradas pela antiga redação do art. 659, § 4.º, do CPC, preconizam que o ato de penhora deve ser objeto de registro no fólio real. Contudo, a nova redação dada aos arts. 659, §§ 4.º e 6.º, e 698 do CPC pela Lei 11.382/2006, sugere que a penhora está sujeita à averbação no registro de imóveis. As inovações trazidas pela Lei 11.382/2006 têm caráter geral e são de natureza processual. Norma processual de caráter geral não tem o condão de revogar Lei de direito material e com caráter específico, ainda que esta lhe seja anterior, como é o caso da Lei 6.015/73.

Além disso, a Lei 11.382/2006, em seu art. 7.º, não fez menção expressa a revogação dos arts. 167, I, alínea 5; 239 e 240, todos da Lei 6.015/73. Admitir que a penhora encontra-se sujeita à averbação importa dar tratamento diferenciado a atos de mesma natureza, eis que, pelo art. 167, I, alínea 5, da Lei 6.015/73, o arresto e o seqüestro continuariam sujeitos ao registro no fólio real. Vale, também, ressaltar que existe projeto de lei tramitando pelo Congresso Nacional com a finalidade de alterar a Lei de Registros Públicos (PL 20/2007), sem que se altere no mesmo a natureza do ato decorrente da inserção da penhora no fólio real de registro para averbação.

Portanto, conclui-se que os dispositivos da Lei 6.015/73 continuariam em vigor, tendo havido imprecisão terminológica por parte do legislador ao usar a expressão "averbação" na redação atual dos arts. 659, §§ 4.º e 6.º, e 698, ambos do CPC.

O ato de penhora, dada a sua importância, continua sujeito ao registro no fólio real. Constitui dever dos serviços extrajudiciais conhecer as disposições legais e normativas atinentes a registros públicos. Admite-se, no entanto, que haja dúvida na interpretação e aplicação dos preceitos legais e normativos, na medida em que o direito não é uma ciência exata. Os notários e registradores, em que pese delegatários de função pública, a exercem de forma privada, gozando de independência na sua atuação. Pelo exposto, afigura-se possível que os delegatários, enquanto não traçada diretriz legal ou normativa, interpretem os textos vigentes, formando seu livre convencimento.

Diante do exposto, sugiro seja oficiado o reclamante com cópia do presente, respondendo-se as suas indagações nos seguintes termos:

1) Não existia, até a presente data, qualquer orientação desta Corregedoria Geral de Justiça acerca do ato a que estaria sujeita a penhora após o advento da Lei 11.382/2006, se registro ou averbação;

2) Nesse sentido, apresenta-se razoável que os serviços extrajudiciais, até ulterior determinação, tenham mantido o procedimento de registro para os atos de penhora, como determinam os arts. 167, I, alínea 5; 239 e 240, todos da Lei 6.015/73;

3) Os delegatários de serviços extrajudiciais têm o dever de conhecer as Leis que regulam sua atividade. Não sendo o direito uma ciência exata, admite-se, contudo, que a edição de novo texto normativo gere diferentes interpretações;

4) Os delegatários de serviços extrajudiciais exercem seu múnus de forma independente, em que pese fiscalizados pela Corregedoria-Geral de Justiça. Como profissionais do direito, dotados de independência e fé-pública, os notários e registradores podem, no exercício de seu mister e enquanto não houver diretriz expressa traçada pelo legislador ou pela administração, interpretar textos legais, formando seu convencimento pessoal. Caso a parte interessada não concorde com a interpretação do registrador, poderá suscitar a dúvida prevista no art. 198 da Lei 6.015/73.

Após, sugiro seja o processo arquivado.
É o parecer sob censura.

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 2008 – GILBERTO DE MELLO NOGUEIRA ABDELHAY JUNIOR, Juiz de Direito Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça.

DECISÃO – Acolho o parecer do ilustre Juiz Auxiliar adotando como razão de decidir os fundamentos no mesmo expostos, que passam a integrar a presente decisão para determinar que seja oficiado o reclamante com cópia do parecer e desta decisão.

Publique-se. Cumpra-se.
Após, arquive-se.

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 2008 – Des. LUIZ ZVEITER, Corregedor-Geral da Justiça.

Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo

MULTIPROPRIEDADE. *Time sharing*. Enquadramento entre os direitos reais. Inviabilidade Constituição do empreendimento como condomínio especial disciplinado pela Lei 4.591/1964, com instituição de condomínio tradicional, regido pelo Código Civil, sobre as diversas unidades autônomas. Possibilidade. Alteração de convenção condominial que traz disposições de natureza obrigacional. Recusa acertada de averbação. Condomínio tradicional sobre as unidades autônomas, com inserção nas matrículas correspondentes de elementos de ordem obrigacional, tendentes a tornar reais direitos pessoais. Inadmissibilidade.

Ementa Oficial: Registro de Imóveis – Multipropriedade (time sharing) *– Enquadramento entre os direitos reais – Inviabilidade – Entendimento firmado pela Corregedoria-Geral da Justiça – Constituição do empreendimento como condomínio especial disciplinado pela Lei 4.591/1964, com instituição de condomínio tradicional, regido pelo Código Civil, sobre as diversas unidades autônomas – Possibilidade – Inadmissibilidade, porém, da inserção, na convenção de condomínio levada a registro e nas matrículas das unidades autônomas, de quaisquer disposições tendentes a vincular o direito real de propriedade ao direito pessoal de regramento acerca do uso periódico anual das unidades, tornando reais direitos obrigacionais.*

Registro de Imóveis – Multipropriedade (time sharing) *– Recusa acertada de averbação de alteração de convenção condominial que traz disposições de natureza obrigacional a respeito da utilização exclusiva pelos condôminos, no decorrer do ano, da totalidade das unidades autônomas – Determinação, ainda, da anotação, no livro em que registrada a convenção de condomínio, da ineficácia real da disciplina obrigacional constante do título – Recurso não provido nessa parte.*

Registro de Imóveis – Multipropriedade (time sharing) *– Condomínio tradicional sobre as unidades autônomas, com inserção nas matrículas correspondentes de elementos de ordem obrigacional, tendentes a tornar reais direitos pessoais – Inadmissibilidade – Retificação das matrículas determinada a fim de ser excluído do fólio real todo e qualquer dado de natureza pessoal e obrigacional – Desnecessidade, porém, do bloqueio das matrículas, diante da retificação determinada – Recurso parcialmente provido.*

Processo CG 686/2007 – Campos do Jordão – rel. Álvaro Luiz Valery Mirra – j. 16.10.2007

O Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça: Trata-se de recurso administrativo interposto por Time Sharing do Brasil Empreendimentos Imobiliários e Turísticos Ltda., Flávio Faricelli Campaz, Norma Luzano Campaz, Sérgio Eduardo Montes Castanho, Maria Eugênia de Lima e Montes Castanho, José Marcos de Andrade Mélega, José Annichino, Luiz Fernando Furlan e Anco Marcio Carmo Saraiva contra decisão do MM. Juiz Corregedor permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Campos do Jordão, que indeferiu pleito de averbação de alteração de convenção condominial do empre-

endimento denominado "Condomínio Week Inn – Campos do Jordão" e determinou o bloqueio das Matrículas 11496, 15109, 15642, 15110, 14635, 15964, 14997, 13488, 14041, 15717, 15107, 15175, 14998, 15108, 15643, 13719, e 15111, correspondentes a unidades autônomas daquele integrantes, por entender inviável o registro imobiliário da denominada multipropriedade (*time sharing*) – f. 226 a 228.

Sustentam que o empreendimento se encontra registrado na serventia predial há mais de 20 anos, após a devida incorporação e registros da especificação e convenção de condomínio, na forma da Lei 4.591/1964, desenvolvendo-se de forma tranqüila e regular a vida condominial, somente agora sendo contestado em função de posicionamento doutrinário diverso do atual oficial registrador. Acrescentam que o registro de empreendimentos em tal modalidade de condomínio é considerado válido por parcela expressiva da doutrina, inclusive por especialistas em direito registral, em nada diferindo a Convenção de Condomínio em questão daquelas adotadas pelos demais condomínios de finalidade não residencial, exceção feita ao aspecto da previsão de as unidades autônomas poderem ser vendidas em frações ideais de 1/52 avos cada uma, com o direito atribuído a cada condômino adquirente da respectiva fração ideal de poder utilizar a sua unidade em um determinado período de tempo (semana) durante o ano. No mais, aduzem, o condomínio em questão está perfeitamente estruturado em consonância com os ditames da Lei 4.591/1964 (art. 1.°) e do Código Civil (art. 1.331, § 1.°), com áreas de propriedade individual e áreas de uso comum, prevendo-se na convenção os direitos e deveres dos condomínios, o rateio da despesas condominiais, a realização de assembléias para deliberação de assuntos de interesse do condomínio, bem como a forma de uso das unidades autônomas pelos condôminos e da administração, por síndico a ser eleito. Por outro lado, alegam que a estipulação na convenção de condomínio do direito de cada condômino exercer, com base na titularidade da fração ideal de 1/52 avos, a posse e o uso exclusivos, em uma semana pré-determinada do ano, sobre a unidade autônoma, não infringe qualquer norma legal e está amparada na autonomia da vontade dos aderentes, como forma de estabelecer harmonia na convivência entre os condôminos, os quais, em relação às unidades e sua propriedade, estão sujeitos às regras do condomínio ordinário do Código Civil. Assim, segundo entendem, o que efetivamente se registra nas matrículas das unidades autônomas é tão-somente a aquisição das frações ideais de 1/52 avos, sem que a disciplina do uso da propriedade em uma determinada semana do ano configure direito real novo, mas mero direito pessoal. Dessa maneira, requerem o deferimento da averbação da alteração da convenção de condomínio e o levantamento do bloqueio das matrículas determinado em primeira instância (f. 230-237).

Foram apensados para julgamento conjunto os autos do Processo de Dúvida 000.701.6/1-00, em que se determinou o bloqueio das matrículas acima discriminadas, com recursos interpostos por Vera Marcondes Suplicy, Humberto Sérgio de Macedo e Tânia Margarida Andrade de Macedo, que, na essência, reproduzem os mesmos argumentos do demais recorrentes, argüindo, os dois últimos, em acréscimo, a nulidade da decisão proferida, por não ter considerado a impugnação por eles tempestivamente apresentada (f. 321-338 e 359-370).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no sentido do não provimento dos recursos (f. 376-381).

Os recursos foram distribuídos inicialmente ao C. Conselho Superior da

Magistratura e, na seqüência, remetidos a esta Corregedoria-Geral da Justiça, por não envolver o dissenso verificado entre os recorrentes e o oficial registrador matéria relacionada a registro em sentido estrito (f. 254-255 destes autos e f. 382-383 dos autos em apenso).

É o relatório.

Passo a opinar.

De início, cumpre observar que inexiste na decisão proferida nulidade a ser reconhecida nesta esfera administrativa, por ter sido proferida antes da apresentação da impugnação ofertada pelos recorrentes Humberto Sérgio de Macedo e Tânia Margarida de Macedo nos autos em que se deu o bloqueio da matrícula da unidade autônoma de que são titulares.

Isso porque, embora não tivessem se aperfeiçoado todas as cientificações inicialmente determinadas nos autos do referido expediente, concernentes a todos os titulares de unidades autônomas do "Condomínio Week Inn – Campos do Jordão", em especial a dos recorrentes em questão, o que tornaria efetivamente tempestiva a impugnação por eles apresentada, a qual não poderia ter sido desconsiderada, com a prolação de decisão anterior à sua vinda aos autos, o certo é que não há como ignorar, na espécie, uma particularidade relevante, consistente no fato de que a impugnação de Humberto Sérgio de Macedo e Tânia Margarida Andrade de Macedo é absolutamente idêntica, em seus principais argumentos, às impugnações dos demais recorrentes, que foram, estas sim, consideradas pelo MM. Juiz Corregedor permanente.

Assim, se as razões invocadas pelos recorrentes Humberto e Tânia eram as mesmas dos demais e as destes foram levadas em conta pelo MM. Juiz Corregedor permanente ao proferir a decisão ora atacada, a realidade é que nenhum prejuízo experimentaram aqueles primeiros pela juntada extemporânea da sua impugnação, cujos fundamentos, ainda que por via reflexa, foram igualmente analisados. E sem prejuízo concreto, no caso em análise, não há que se falar em decretação de nulidade nesta esfera administrativa.

Quanto ao tema de fundo, tem-se que os recursos comportam parcial provimento.

Com efeito, a possibilidade do enquadramento da denominada multipropriedade (*time sharing*) entre os direitos reais tem sido objeto de controvérsia, predominando, ainda hoje, tanto em doutrina, quanto no âmbito desta Corregedoria-Geral da Justiça, o entendimento da impossibilidade de incluí-la em tal categoria jurídica, devido a regra da taxatividade os direitos reais, enumerados no direito brasileiro em *numerus clausus*.

Como esclarece Orlando Gomes sobre a matéria:

"Seu [da multipropriedade] traço característico é, nas palavras de Caparreli, a divisão entre várias pessoas do uso do mesmo imóvel, no tempo, mediante sistema de rodízio, fracionado o ano em períodos iguais de utilização.

O adquirente do direito periódico de uso e gozo o exerce com exclusividade durante o tempo que reservou para desfrutá-lo.

Como disse um escritor francês: trata-se de um direito temporário no seu exercício e perpétuo na duração.

Desse direito são titulares centenas de investidores.

Seu conteúdo é o direito perpétuo e período de gozo de um bem imóvel. Muito embora se assemelhe ao do direito de propriedade, é menos extenso, pois o multiproprietário não pode estragar nem destruir o imóvel que usa nessa qualidade, nem lhe dar outra destinação. Consentido não lhe é, demais, construir sobre o bem direitos reais limitados, tais como o usufruto ou a servidão. Tem, em suma, um poder sobre a coisa que nasce e pode o funcionamento da coexistência dos multiproprietários (...).

A multipropriedade configura-se por traços que não permitem identificá-la a institutos conhecidos (...).
(...)
(...) a natureza jurídica da multipropriedade continua obscura. A igual distância da propriedade e do usufruto, seria um direito real atípico e, portanto, uma espécie que não pode existir em face do princípio *numerus clausus* dos direitos reais" (A multipropriedade *Revista do Advogado* 18/56-58).
Em especial, para o que aqui interessa mais de perto, tem-se afastado a possibilidade de considerá-la como um condomínio especial, tal como constituído entre os adquirentes de unidades autônomas em prédio de apartamentos.
Uma vez mais, de interesse registrar a doutrina de Orlando Gomes a respeito do tema:
"(...) Propala-se com mais insistência que é um condomínio especial na modalidade do que se constitui entre os adquirentes de unidades autônomas em prédio incorporado. Tal como sucede com o contrato de incorporação, o compromissário não se limita a assinar o compromisso de venda senão também a convenção de condomínio e o regulamento preparados pelo incorporador, mas o adquirente de apartamento tem sua plena disponibilidade enquanto ao multiproprietário não assiste o *jus disponendi*.
De resto, a se admitir que a multipropriedade é uma forma de condomínio se chegaria ao absurdo de se aceitar a tese de que o bem adquirido pelo multiproprietário, longe se ser o imóvel, seria, como adverte Silvestro, 'o tempo durante o qual este poderia ser utilizado'!" (op. cit., p. 56-57).
De igual sentir é, também, João Batista Lopes:
"Em verdade, o instituto da multipropriedade não se confunde com o condomínio edilício, e dele se extrema pelas seguintes razões fundamentais:
a) na multipropriedade não há uso e gozo continuados das unidades, como ocorre no condomínio;
b) a multipropriedade tem caráter predominantemente contratual; o condomínio em edifícios, ao revés, tem caráter institucional ou estatutário (ato-regra);
c) a administração do condomínio é confiada ao síndico, eleito pelos condôminos; a da multipropriedade, ao complexo turístico, sem interferência dos condôminos;
d) a unidade autônoma, no condomínio, pode ser modificada internamente, o que não é admitido na multipropriedade;
e) o caráter *propter rem* das despesas de condomínio é incompatível com o fracionamento da dívida, próprio do regime da multipropriedade" (*Condomínio*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 206-207).
No que concerne à compatibilidade do empreendimento em questão com as normas do condomínio especial disciplinado pela Lei 4.591/1964, sob a égide das quais foi instituído, regulando-se a propriedade das unidades autônomas pelas regras do condomínio ordinário, do Código Civil, tem-se que de difícil aceitação, na forma pretendida pelos recorrentes, já que a multipropriedade sugere a impossibilidade de divisão da coisa comum, mantendo-se em caráter perpétuo, enquanto o condomínio ordinário pressupõe a possibilidade de divisão da coisa comum a qualquer tempo, admitindo-se, no máximo, que esta fique indivisa pelo prazo de 10 anos (art. 1.320, *caput*, e § 1.°, do CC/2002; art. 629, *caput*, e parágrafo único, do CC/1916). Cf. Frederico Henrique Viegas de Lima (Aspectos teóricos da multipropriedade no direito brasileiro. *RT* 658/28-42).
Não se quer com isto dizer, é importante frisar, que o empreendimento de interesse dos recorrentes não possa ser instituído como condomínio especial, à luz das normas da Lei 4.591/1964, e nem que não possa se formar, sobre

cada uma das unidades autônomas, um condomínio tradicional (ordinário).

Na realidade, o que no entendimento desta Corregedoria-Geral da Justiça não se considera admissível é "a vinculação do direito real da propriedade, ainda que em fração ideal, ao direito pessoal de regramento acerca do uso anual das unidades autônomas, por quinzenas, com manifesta intenção de tornar real um direito obrigacional", não se podendo, conseqüentemente, confundir "o que deve constar [do registro] como transmissão de domínio com aquilo que apresenta apenas direito pessoal" (cf. orientação estabelecida por esta Corregedoria-Geral, a partir de Correição Ordinária realizada em 13.07.1992, nos serviços de notas e de registro de imóveis da Comarca de Ubatuba, por determinação do Exmo. Sr. Corregedor-Geral da Justiça da época, o eminente Des. Dínio de Santis Garcia).

Ressalte-se que referida vinculação do direito real de propriedade ao direito pessoal de regramento do uso anual das unidades autônomas, a fim de tornar real um direito de natureza obrigacional, evidencia-se, na espécie, tanto na alteração da Convenção de Condomínio cuja averbação se pretende, enquanto nas matrículas correspondentes às frações ideais das unidades autônomas.

Efetivamente, ao tratar das unidades autônomas, a alteração da convenção condominial estabelece que:

"A titularidade de cada uma dessas unidades autônomas é exercida pela propriedade de frações ideais equivalentes, cada fração, a 1/52 avos de cada unidade, sendo certo que o condômino titular de uma ou mais dessas frações ideais tem direito de utilização exclusiva e sobre a totalidade da unidade autônoma, no âmbito desta Convenção, especifica e somente na semana ou semanas em que tal direito pode ser exercido pelo condômino, nos exatos termos a que se obrigou no instrumento de aquisição da fração ou frações ideias da unidade" (Cláusula Terceira – f. 11-12 - *sic*).

Idêntica menção é feita, ainda, no mesmo documento a respeito da utilização das partes de propriedade e uso comum:

"As partes referidas na Cláusula Segunda da presente Convenção destinam-se ao uso comum de todos os condôminos ou de terceiros que, no âmbito desta Convenção, tenham acesso ao Condomínio, com a condição básica, porém, de que tal uso se dê especificamente na semana ou semanas que, nos termos referidos na cláusula anterior, forem consideradas como a utilização exclusiva sobre a unidade autônoma, face ao ajustado instrumento de aquisição da fração ou frações ideais de unidade pelo condômino" (Cláusula Quarta – f. 12).

Já as matrículas das unidades autônomas discriminam, invariavelmente, que o registro efetivado se refere à fração de X/52 avos do apartamento matriculado e confere ao comprador o direito de utilização do imóvel, de forma exclusiva, apenas e tão-somente no período das semanas ali relacionadas (f. 78-81, 85-87, 91-93, 97-99, 103-105, 109-112, 116-118, 122-124, 128-130, 134-136, 140-142, 146-148, 152-153, 157-159, 163-164).

Daí por que não se pode admitir, na hipótese em exame, a averbação da alteração da convenção de condomínio apresenta pela recorrente "Time Sharing do Brasil Empreendimentos Imobiliários e Turísticos Ltda.", nos termos em que redigida.

Ademais, tendo em vista que também a convenção de condomínio registrada estabeleceu a vinculação do direito real de propriedade ao direito pessoal de regramento do uso anual das unidades autônomas (f. 170-172), impõe-se, em acréscimo, anotação, no livro em que praticado o ato, a respeito da ausência de eficácia real das disposições obrigacionais sobre a utilização pelos condôminos da totalidade das unidades autônomas, nos diversos períodos do ano.

Quanto às matrículas concernentes às unidades imobiliárias, a solução que se propõe, aqui, é a de proceder, pela via de averbação, à retificação de cada uma delas, para o fim de excluir os elementos indicativos das disposições obrigacionais concernentes às regras de uso periódico anual exclusivo dos imóveis pelos diversos condôminos.

Observe-se que a retificação das matrículas, ora proposta, pode ser realizada por determinação desta Corregedoria-Geral da Justiça, não dependendo, para sua efetivação, de providências a cargo dos titulares das unidades autônomas ou da incorporadora.

Com isso, preservam-se não só o empreendimento, constituído na forma de condomínio especial, disciplinado pela Lei 4.591/1964, como também os direitos reais dos condôminos, seja com relação às áreas de uso comum, seja no tocante às unidades autônomas, em especial o condomínio tradicional instituído sobre cada uma destas, disciplinado pelas normas do Código Civil, relegando-se as disposições obrigacionais concernentes à utilização pelos condôminos das áreas comuns e unidades autônomas, nos diversos períodos do ano, de direito eminentemente pessoal, para disciplina extra-tabular.

E mais: retificando-se as matrículas, conforme sugerido, desnecessária se torna a manutenção dos bloqueios determinados em primeira instância, já que, com as retificações, desaparece o motivo que justificou a providência acautelatória em questão, considerando, ainda, que doravante estará obstado o ingresso de títulos de transferência de domínio que insistam em vincular direito real de propriedade a direito pessoal de regramento do uso periódico das unidades autônomas.

Portanto, em conclusão, à luz do acima exposto, o parecer que se submete à elevada consideração de V. Exa. é no sentido de ser dado parcial provimento aos recursos interpostos, para o fim de:

(a) Determinar ao Sr. Oficial Registrador que promova averbação de retificação nas Matrículas 11496, 15109, 15642, 15110, 14635, 15964, 14997, 13488, 14041, 15717, 15107, 15175, 14998, 154108, 15643, 13719 e 15111, consignando delas estarem excluídos todos os elementos indicativos das disposições obrigacionais às regras de uso periódico anual exclusivo das unidades autônomas pelos diversos condôminos.

(b) Determinar ao Sr. Oficial Registrador, uma vez retificadas as matrículas, que promova o levantamento dos bloqueios determinados pelo MM. Juiz Corregedor permanente.

(c) Determinar ao Sr. Oficial Registrador que promova, no livro em que registrada a Convenção "Week-In Campos do Jordão", anotação a respeito da ausência de eficácia real das disposições obrigacionais sobre a utilização, pelos condôminos, da totalidade das unidades autônomas, nos diversos períodos do ano.

(d) Manter a recusa da averbação da alteração da Convenção do Condomínio "Week-In Campos do Jordão", apresentada ao oficial registrador.

Sub censura.

São Paulo, 19 de setembro de 2007 – ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Em 20.09.2007, faço estes autos conclusos ao Des. Gilberto Passos de Freitas, DD. Corregedor da Justiça.

Eu,_____ (Mirna Dilza) Escrevente Técnico Judiciário do GAJ3, subscrevi.

Processo CG-549/2007.

Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria e por seus fundamentos, que adoto, dou parcial provimento aos recursos interpostos nos termos propostos.

Publique-se.

São Paulo, 16.10.2007 – GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor-Geral da Justiça.

Conselho Superior da Magistratura de São Paulo

PENHORA. Princípio da continuidade. Fraude de execução. Efeitos perante terceiros.

Ementa Oficial: Registro de Imóveis. Título judicial também se submete à qualificação registrária. A decretação de fraude à execução só dá por ineficaz a alienação do bem em relação ao exequente, sem a produção de efeitos erga omnes. *Obediência ao princípio da continuidade registrária. Recurso provido, para que a dúvida seja julgada improcedente.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 748-6/5, da Comarca de Monte Azul Paulista, em que é apelante Carlos Alberto Ricciardi Vieira e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da mesma Comarca.
Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em dar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.
Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Celso Luiz Limongi, Presidente do Tribunal de Justiça e Caio Eduardo Canguçu de Almeida, vice-presidente do Tribunal de Justiça.
São Paulo, 16 de agosto de 2007.
(a) GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – 1. Cuida-se de recurso interposto contra sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis e anexos de Monte Azul Paulista, que acolheu dúvida suscitada, negando acesso ao fólio de carta de arrematação copiada a fls. 25/27, expedida em processo trabalhista oriundo da Vara do Trabalho de Bebedouro (Processo 01154-2003-058-15-00-5-RTS), em favor de Carlos Alberto Ricciardi Vieira, relativa aos imóveis matriculados sob n. 6.842, 6.110 e 6.111.
Assim se determinou em razão de já ter sido anteriormente averbada a indisponibilidade de bens determinada em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual (f.).
Houve pedido de reconsideração combinado com recurso a fls. 34/39, no qual há insurgência com relação ao decidido, a pretexto da anterioridade da medida decretada na Justiça do Trabalho, que autorizaria a realização do registro da carta de arrematação por esta expedida.
A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 52/59), pois as medidas obtidas pelo MP estadual teriam sido protocoladas antes, ensejando na obediência ao princípio da prioridade registrária.

É o relatório.

2. Saliente-se, de início, que, é atribuição do oficial registrador proceder à qualificação do título, ainda que se trate de carta de arrematação expedida em processo judicial.
Como se sabe, até mesmo os títulos judiciais submetem-se à qualificação, aplicando-se as normas legais específicas vigentes à época do respectivo ingresso, principalmente para a verificação de sua conformidade com os postulados e princípios registrários (ApCiv 22.417-0/4- Piracaia e 44.307-0/3-Campinas).

No mesmo sentido, dispõem as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, em seu Capítulo XX, item 106:

106. Incumbe ao oficial impedir o registro de título que não satisfaça os requisitos exigidos pela lei, quer sejam consubstanciados em instrumento público ou particular, quer em atos judiciais. Posto isso, no caso em tela, analisando-se os elementos constantes dos autos, tem-se que é caso de se realizar o almejado registro. Note-se que, no imóvel matriculado sob n. 6.842, objeto da certidão de f. 11/14, houve venda do quinhão pertencente a Jackson Plaza e sua mulher, para a compradora Alice Lopes Plaza (R-15-6842).

Ocorre que tal alienação foi tida por ineficaz em relação ao credor trabalhista do Processo 01154-2003-058-15-00-5-RTS, vez que reconhecida a fraude à execução (Av-16-6842).

A seguir em outro processo trabalhista, foi decretada a indisponibilidade de bens (Av-17-6842), o mesmo se sucedendo em duas Ações Civis Públicas ajuizadas pelo MPE (Av-18-6842 e Av-19-6842).

Situação idêntica ocorreu nos outros dois imóveis (matrículas 6.110 e 6.111) também objeto do título aqui apresentado para registro (f., respectivamente).

Pois bem, considerando que a decretação de fraude à execução só dá por ineficaz a alienação do bem em relação ao credor do feito na qual foi tal medida reconhecida, sem a produção de efeitos *erga omnes*, apenas em relação ao Processo trabalhista 01154-2003-058-15-00-5-RTS (no qual se expediu o título aqui submetido à qualificação registrária) é que se pode desconsiderar os efeitos da venda feita a Alice Lopes Plaza.

Via de conseqüência, as três indisponibilidades posteriormente averbadas, relativas a outros processos (um tramitando na Justiça Trabalhista e dois provenientes da Justiça Comum), estão viciadas.

Isto porque relativas a ações movidas contra Jackson Plaza, quando este já alienara seus direitos a Alice Lopes Plaza (o que só não produziu efeitos, repita-se, especificamente no feito onde se reconheceu a fraude à execução).

Violaram tais averbações de indisponibilidade, portanto, o princípio da continuidade registrária.

Neste sentido, reza o art. 195 da Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos):

"Art. 195. Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro".

Assim ensina Narciso Orlandi Neto, na obra *Retificação do registro de imóveis*, São Paulo: Oliveira Mendes, Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 55-56:

"No sistema que adota o princípio da continuidade, os registros têm de observar um encadeamento subjetivo. Os atos praticados têm de ter, numa das partes, a pessoa cujo nome já consta do registro.

A pessoa que transmite um direito tem de constar do registro como titular desse direito, valendo para o registro o que vale para validade dos negócios: *nemo dat quod non habet*".

"Sem que desfrute do direito de disponibilidade, ninguém pode transferir o imóvel, nem, tampouco, onerá-lo" (Tabosa de. Almeida. Das inexatidões registrais e sua retificação, *Revista de Direito Imobiliário*, n. 11, p. 53).

Neste sentido, o decidido por este Conselho Superior da Magistratura nos autos da ApCív 000.294.6/2-00:

"Registro de Imóveis. Dúvida. Penhora de direitos decorrentes de contrato, não registrado, de compromisso de compra e venda. Princípio da continuidade. Registro inviável. Recurso provido.

(...)

Tanto a penhora dos direitos decorrentes de contrato de compromisso de compra e venda como o registro da constrição assim efetuada são plenamente possíveis,

mas, como anteriormente exposto, para o registro da penhora é necessário que o contrato de compromisso de compra e venda já esteja registrado, em razão do princípio da continuidade".

Quanto aos limites do reconhecimento da fraude à execução, explica Cândido Rangel Dinamarco que, em tal hipótese: "Não há anulação do negócio jurídico, pois não se trata de anulabilidade.

A ineficácia não atinge o efeito central do negócio, como é o de transmitir o domínio. O bem continuará constrito e poderá então ser alienado em hasta pública, em que pese ser seu legítimo dono o terceiro adquirente" (*Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros).

Já conforme decidido pelo Colendo Conselho Superior da Magistratura:

"Reconhecida fraude à execução – e, em consequência, a ineficácia da alienação em relação ao credor-exeqüente – torna-se o terceiro adquirente responsável patrimonial. Quer isto dizer que aquele seu patrimônio responde pelo cumprimento da obrigação inadimplida. Pois bem, como lembra o recorrente, não há nulidade a justificar o cancelamento daquele registro conquanto, outrora, essa foi a providência que em várias oportunidades se adotou.

Tem o cancelamento, todavia, efeito maior que o atribuído a simples ineficácia, que era o espírito do legislador processual. É que determinado o cancelamento, ingressariam não somente o título daquele beneficiado pela declaração de ineficácia, como quaisquer outros em igual condição. Não é isso, porém, o que se buscou na lei adjetiva. O legislador quis privilegiar aquele – e somente aquele – credor beneficiado com o reconhecimento da fraude de execução. Daí a solução que permite conciliar o benefício estabelecido em função de determinado credor é o de se averbar a declaração da ineficácia em relação àquela cuja fraude se reconheceu, e, assim, ter acesso o ato de constrição. A medida atenta, ainda, princípio de ordem prática. É que eventualmente ocorrendo cumprimento da obrigação sem que o bem seja excutido (e o adquirente, responsável patrimonial, pode até ter interesse para desonerar o bem), bastará singelo cancelamento do ônus. Presente o cancelamento de alienação essa providência que em princípio permitiria o acesso de outros títulos em iguais condições só poderia ser obtida através de novo registro.

Este posicionamento que importa certa alteração da orientação antiga deste Conselho é a única que permite equacionar adequadamente a questão, garantido, de um lado, o acesso do ônus e preservado, em relação ao terceiro, o limite de sua responsabilidade patrimonial. Bem por isso que, com o aditamento do mandado, o registro era possível, consignando-se a necessária averbação da declaração de ineficácia da alienação, reconhecidamente em fraude. Somente como esse proceder supera-se objetivamente a exigência do direito formal, com exclusão do alegado maltrato à especialidade objetiva" (ApCiv 21.506-0/3). Já no Acórdão proferido na ApCív 33.111-0/3, oriunda da Comarca de Limeira, se decidiu:

Na esteira de recente precedente deste Conselho Superior da Magistratura (ApCív 21.506-0/3, de Atibaia, rel. Des. Alves Braga), em orientação que merece ser mantida, cumpre frisar de execução possível será o registro da penhora, sem vulneração ao princípio da continuidade.

Isso porque a alienação ou oneração de bens em fraude de execução, realizados pelo obrigado, se ostentam ineficazes (Araken de Assis. *Manual do processo de execução*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 327; Cândido Rangel Dinamarco. *Execução civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 136; Alcides de Mendonça Lima. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 387).

Não haverá, por conseqüência, necessidade de cancelamento do registro de eventual alienação fraudulenta. O negócio é válido, mas ineficaz. Não se pode equiparar a inviabilidade do ato jurídico com a sua ineficácia, institutos que se situam em planos diversos, gerando efeitos inconfundíveis (Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, p. 72).

É tema absolutamente tranqüilo, como decidido em inúmeras oportunidades na esfera jurisdicional, à qual deve se afeiçoar o direito registrário, que a alienação ou oneração de bens em fraude de execução é ineficaz em relação ao exeqüente, embora válida quanto aos demais (...)

O negócio jurídico que frauda a execução gera plenos direitos entre adquirentes e alienantes. Apenas não pode ser oposto ao exeqüente. Assim, a força da execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulentas, como se estas não tivessem ocorrido. O bem será de propriedade de terceiro, num autêntico exemplo de responsabilidade sem débito (Humberto Theodoro Júnior. *Processos de execuções*. 7. ed.. Lend, 1987. p. 155).

O STF, no julgamento do RE 96.365-1, de Goiás, em voto do Min. Rafael Mayer, deixou assentado que:

"Mesmo admitindo que a penhora não retira do executado a disponibilidade do bem, pacífico é o entendimento de que a sua alienação, ainda que produza efeitos entre alienante e adquirente, nenhuma eficácia tem com relação ao exeqüente, prosseguindo a execução sobre ele, como se não houvesse alienação".

Já Pontes de Miranda denomina tal situação de ineficácia relativa, que ocorre: "quando o negócio jurídico é ineficaz para um, ou para algumas pessoas, e eficaz para outra, ou para outras" (cf. *Tratado de direito privado*, t.V/73).

Por seu turno, ensinou o então Min. do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, que: "não há indisponibilidade do bem sujeito à fraude de execução.

A alienação ou oneração do bem em fraude de execução não é inexistente, nula ou anulável, mas ineficaz, isto é embora válida entre alienante e adquirente, ou beneficiário, não produz efeitos em relação ao credor, sequer exigindo a prova do *consilium fraudis*', haja vista que a fraude está *in re ipsa*'. Não obstante a disponibilidade, porém, sujeita-se o bem alienado à execução" (cf. Fraude de execução, *RT*, v. 609/7-14).

No mesmo sentido são as lições de José da Silva Pacheco (cf. *Tratado das execuções*, vol. 2, p. 490), Humberto Theodoro Júnior (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 4, p. 209) Ronaldo Bretas de Carvalho Filho (Da fraude à execução, *RF*, vol. 290/67-801, Vicente Greco Filho (apud *Direito processual civil brasileiro*, vol. 3, p. 42), Pedro dos Santos Barcelos (Fraude de execução, *RT*, v. 654/43-51).

Diante do exposto, fica provido o recurso, para que a dúvida seja tida por improcedente, permitindo-se o ingresso do título no fólio real.

(a) GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor-Geral da Justiça e Relator

(*DOE* 28.11.2007).

PERSONALIDADE JURÍDICA. Condomínio. Possibilidade excepcional de aquisição de imóvel pelo condomínio decorrente de débitos condominiais com aprovação em assembléia.

Ementa Oficial: Registro de imóveis. Dúvida procedente. Condomínio edilício. Adjudicação conseqüente à satisfação de débito condominial. Admissibilidade, em tese, por aplicação analógica do art. 63, § 3.º, da Lei 4.591/64. Anuência dos condôminos, que se colhe por decisão unânime

de assembléia geral, que não se confunde com decisão unânime dos condôminos. Inadmissibilidade, todavia, de aquisição de imóvel diverso da unidade condominial a qual o débito condominial está vinculado. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 795-6/9, da Comarca de São Vicente, em que é apelante o Condomínio Edifício Verde Mar e apelado o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da mesma Comarca.
Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em conhecer do recurso e lhe negar provimento, de conformidade com o voto do relator que fica fazendo parte integrante do presente julgado.
Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Celso Luiz Limongi, presidente do Tribunal de Justiça e Caio Eduardo Canguçu de Almeida, vice-presidente do Tribunal de Justiça.
São Paulo, 6 de dezembro de 2007 – (a) GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – 1. Trata-se de apelação interposta por Condomínio Edifício Verde Mar contra r. sentença que julgou procedente dúvida suscitada e manteve a recusa do Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de São Vicente oposta ao registro de carta de adjudicação expedida pelo Juízo da 5.ª Vara Cível da Comarca de São Vicente, extraída do Processo 1.292/95 (ação de cobrança por débitos condominiais do apartamento 11 do Edifício Verde Mar), que tem por objeto o apartamento 13 do Edifício São Vicenter, objeto da matrícula 83.459, daquela serventia predial, sob o argumento de falta de concordância de todos condôminos, não bastando a concordância dos presentes em assembléia geral extraordinária realizada em 20 de fevereiro de 2006.
Sustenta o apelante, em suma, que a falta de personalidade jurídica do condomínio não inibe o registro, que cria situação inusitada e intransponível à adjudicação deferida judicialmente, observando-se a suficiência do consentimento unânime colhido na assembléia geral extraordinária. Pede, pois, o provimento do recurso, para o registro do título.
A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (f.).

É o relatório.

2. Pretende-se, nesta apelação, a reforma da sentença que julgou procedente a dúvida, inibindo o registro de carta de adjudicação expedida em favor de condomínio edilício, que carece de personalidade jurídica e de concordância da unanimidade dos condôminos. Inicialmente, lembre-se que a natureza judicial do título não o torna imune à qualificação registrária.
Outrossim, nada obstante a ausência de personalidade jurídica do condomínio, é de se admitir – por exceção, com respeito ao entendimento diverso de tempos anteriores e frente à evolução jurisprudencial de adequação às necessidades da vida social hodierna (cf. a boa síntese histórica exposta por Ruy Coppola sobre a questão: Arrematação pelo condomínio de unidade autônoma. *Condomínio edilício*, Coord. Francisco Antonio Casconi e José Roberto Neves Amorim. São Paulo: Método, 2005. p. 345-368) –, o registro de título aquisitivo de unidade autônoma pelo condomínio (em situação de satisfação de débito condominial), por aplicação analógica do art. 63, § 3.º, da Lei 4.591/64, para o qual não faltam, também, precedentes do Colendo Conselho Superior da Magistratura (ApCiv 253-6/6, 273-6/7, 256-6/0, 257-6/4, 357-6/0, 363-6/8 e 469-6/1).

Todavia, a construção jurisprudencial, em aplicação analógica (art. 4.º do Dec.-lei 4.657/42 c.c. o art. 63, § 3.º, da Lei 4.591/64), que abre exceção à regra geral inibitória da aquisição imobiliária por ente (condomínio) despido de personalidade jurídica, exige a satisfação simultânea dos seguintes pressupostos: a) primeiro: que a aquisição seja modo de satisfação de crédito decorrente do inadimplemento das despesas condominiais (obrigações "propter rem"); b) segundo: que a unidade autônoma adquirida seja exatamente aquela em relação à qual está vinculado o débito condominial; c) terceiro: que a aquisição esteja anuída pelos condôminos, mediante decisão unânime de assembléia geral, em que não se deve computar o voto do respectivo condômino inadimplente (por congruência lógica) nem confundir a unanimidade dos votos proferidos na assembléia (imprescindível) com anuências expressa de todos os condôminos (prescindível).

Não procede, pois, o óbice de registro, ao sustentar que a aquisição em pauta carece de concordância de todos os condôminos, desconsiderando a concordância unânime dos presentes em assembléia geral.

Com efeito, é da norma legal (art. 63, § 3.º, da Lei 4.591/64), que se invoca para integração analógica, a expressa menção de que a aquisição da unidade pelo condomínio depende de "decisão unânime de assembléia geral", que, naturalmente, não equivale à decisão unânime de condôminos.

Fosse a intenção do legislador, na redação do art. 63, § 3.º, da Lei 4.591/64 exigir a "unanimidade dos condôminos" seria essa a sua redação (tal como é a dos arts. 1.343 e 1.351 do CC, bem como a do § 2.º do art. 10 da Lei 4.591/64), mas, não empregando tal expressão, e sim a de "decisão unânime de assembléia geral", apenas criou um *quorum* especial consistente na unanimidade dos condôminos presentes à assembléia geral, que não se equivale à unanimidade de todos condôminos.

Assim, considerando que a abertura excepcional da aquisição de unidade autônoma por condomínio, em razão de adjudicação ou arrematação atrelada à execução de despesas condominiais, é por aplicação analógica do referido art. 63, § 3.º, da Lei 4.591/64, impõe-se seguir aquele mesmo critério da norma legal transplantada à lacuna. Isso, aliás, não só pelo sistema lógico-jurídico de integração de lacunas por analogia, mas também por respeito ao princípio da legalidade: criação de condicionamentos aos direitos (incluso os de registros) ou imposição de deveres dos particulares deve resultar da lei. Afinal, sem amparo legal, não se deve impor condição ao registro ou dever aos particulares, e, para sustentar a exigibilidade de anuência por unanimidade dos condôminos fora daquela norma jurídica aplicada analogicamente, não há lastro legal.

Ademais, a condição indicada nos precedentes do Conselho Superior da Magistratura – "que a aquisição conte com a anuência dos condôminos, por decisão unânime de assembléia geral para este fim convocada e em que, para essa finalidade específica, não terá voto o proprietário da unidade autônoma que gerou as despesas condominiais objeto da execução em que foi a mesma unidade alienada" (*v.g.*, CSM, 469-6/1, da Comarca de Jundiaí, j. 06.12.2005, rel. Des. José Mário Antonio Cardinale) é não só de cautela por imposição jurisdicional pura, mas deve ter sua leitura amarrada à apontada norma legal aplicada por analogia: daí, o adjetivo "unânime" em qualificação à decisão da assembléia (tal como a lei), não à anuência dos condôminos. Em outras palavras, a anuência dos condôminos se deve colher em assembléia geral, especialmente convocada para esse fim, bastando, no entanto, a decisão unânime

dos condôminos presentes nessa assembléia. Ora, considerando que, no caso, para a aquisição em pauta, houve decisão unânime dos condôminos presentes à assembléia geral (f.), está superado esse entrave ao registro; todavia, ainda resta o óbice referente ao objeto da aquisição.

De fato, um dos três pressupostos à aquisição em pauta, já referidos, não está satisfeito: o imóvel adjudicado (apartamento 13 do Edifício São Vicente, objeto da matrícula 83.459) é diverso daquele em relação ao qual está vinculado o débito condominial (apartamento 11 do Edifício Verde Mar, objeto da Matrícula 115.598), observando-se que até está situado em condomínio diverso do condomínio apelante.

Ressalte-se que a limitação (admissibilidade de adquirir apenas a unidade vinculada ao débito condominial, não outro bem) resulta, também, da própria norma legal (art. 63 da Lei 4.591/64) transposta ao caso, frente à lacuna normativa: aberta a exceção aquisitiva, pela aplicação analógica, tão-somente para a unidade autônoma a que corresponde o crédito do condomínio credor.

Deste modo e atento ao mesmo rigor antes exposto que se deve ter à lógica jurídica de integração das lacunas por analogia, não se pode deixar de consignar a inadmissibilidade do registro de adjudicação de bem alheio àquele vinculado ao débito condominial (obrigação "propter rem").

Por conseqüência, superado um dos fundamentos jurídicos do óbice de registro, mas persistindo o outro, a solução inibitória da inscrição perdura.

Pelo exposto, conheço e nego provimento ao recurso.

(a) GILBERTO PASSOS DE FREITAS, Corregedor-Geral da Justiça e relator

(*DOE* 26.02.2008)

Superior Tribunal de Justiça

REGISTRO DE IMÓVEIS. Meio ambiente. Averbação da reserva legal florestal. A publicidade decorrente da averbação da reserva legal florestal é decorrente do Código Florestal e necessária para o cumprimento da função social da propriedade, sob pena de esvaziamento do conteúdo da lei.

REsp 927.979 – MG (2007/0037109-2)
Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Recorrido: Guilherme Sodré Alckmin e outro
Advogado: Euler Ferreira Pereira e outros

Ementa: Direito ambiental. Arts. 16 e 44 da Lei 4.771/65. Matrícula do móvel. Averbação de área de reserva florestal. Necessidade.
I – A questão controvertida refere-se à interpretação dos arts. 16 e 44 da Lei 4.771/65 (Código Florestal), uma vez que, pela exegese firmada pelo aresto recorrido, os novos proprietários de imóveis rurais foram dispensados de averbar reserva legal florestal na matrícula do imóvel.
II – "Essa legislação, ao determinar a separação de parte das propriedades rurais para constituição da reserva florestal legal, resultou de uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação do meio ambiente efetuada sem limites pelo homem. Tais conseqüências nefastas, paulatinamente, levam à conscientização de que os recursos naturais devem ser utilizados com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras" (RMS 18.301/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 03/10/2005).
III – Inviável o afastamento da averbação preconizada pelos artigos 16 e 44 da Lei 4.771/65 (Código Florestal), sob pena de esvaziamento do conteúdo da Lei. A averbação da reserva legal, à margem da inscrição da matrícula da propriedade, é conseqüência imediata do preceito normativo e está colocada entre as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, previstas tanto no Código Florestal como na Legislação extravagante.
IV – Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-relator. Custas, como de lei.
Brasília (DF), 15 de maio de 2007 (data do julgamento) – FRANCISCO FALCÃO, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Francisco Falcão:* Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fulcro no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão do E. Tribunal de Justiça Estadual, assim ementado:
"Registro de averbação de área legal. Obrigação que ultrapassa as disposições constitucionais e do código florestal. Sentença mantida. A obrigatoriedade da averbação de área de reserva legal

fere o direito à propriedade bem como contraria o disposto no Código Florestal. Encontram-se suspensos os efeitos do Provimento 92/03, pelo Aviso 030/GACOR/2003" (f.).

O recorrente sustenta, em síntese, violação aos arts. 16 e 44 da Lei 4.771/65, acentuando que "da leitura de tais dispositivos, infere-se que a exigência da averbação da reserva legal à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, não tem o sentido de tão-somente proteger determinadas percentagens florestais ou de outras formas de vegetação existentes, mas, do mesmo modo, ou talvez preponderantemente, restaura ou recuperar as formas de vegetação nativa para atendimento dos mínimos percentuais exigidos pelo Código Florestal" (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Francisco Falcão* (relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A questão controvertida refere-se à interpretação dos arts. 16 e 44 da Lei 4.771/65 (Código Florestal), uma vez que pela exegese firmada pelo aresto recorrido, os novos proprietários de imóveis rurais foram dispensados de averbar reserva legal florestal na matrícula do imóvel.

Referidos preceitos estatuem o seguinte:

"Art. 16. As florestas de domínio privado, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, previstas nos arts. 2.° e 3.° desta LEI, são suscetíveis de exploração, obedecidas as seguintes restrições:

(...)

§ 2.° A reserva legal, assim entendida a área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso, deverá ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada, a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área (Incluído pela Lei 7.803 de 18.7.1989)".

"Art. 44. Na região Norte e na parte Norte da região Centro-Oeste enquanto não for estabelecido o decreto de que trata o artigo 15, a exploração a corte raso só é permissível desde que permaneça com cobertura arbórea, pelo menos 50% da área de cada propriedade.

Parágrafo único. A reserva legal, assim entendida a área de, no mínimo, 50% (cinqüenta por cento), de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso, deverá ser averbada à margem da inscrição da matrícula do imóvel no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área (Incluído pela Lei 7.803, de 18.7.1989)".

A MedProv 2.166-67 alterou sua redação que passou a ter o seguinte teor:

"Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

(...)

III – vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV – vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

(...)

§ 8.° A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

§ 9.º A averbação da reserva legal da pequena propriedade ou posse rural familiar é gratuita, devendo o Poder Público prestar apoio técnico e jurídico, quando necessário".

O aludido art. 44 foi alterado passando a prever:

"Art. 44-A. O proprietário rural poderá instituir servidão florestal, mediante a qual voluntariamente renuncia, em caráter permanente ou temporário, a direitos de supressão ou exploração da vegetação nativa, localizada fora da reserva legal e da área com vegetação de preservação permanente.

(...)

§ 2.º A servidão florestal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, após anuência do órgão ambiental estadual competente, sendo vedada, durante o prazo de sua vigência, a alteração da destinação da área, nos casos de transmissão a qualquer título, de desmembramento ou de retificação dos limites da propriedade".

No julgamento do RO em MS 18.301/MG, relatado pelo Ilustre Min. João Otávio de Noronha, restou assentado que:

"Essa legislação, ao determinar a separação de parte das propriedades rurais para constituição da reserva florestal legal, resultou de uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação do meio ambiente efetuada sem limites pelo homem. Tais conseqüências nefastas, paulatinamente, leva à conscientização de que os recursos naturais devem ser utilizados com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras.

O que se tem presente é o interesse público prevalecendo sobre o privado, interesse coletivo este que inclusive afeta o proprietário da terra reservada, no sentido de que também será beneficiado com um meio ambiente estável e equilibrado. Assim, a reserva legal compõe parte de terras de domínio privado e constitui verdadeira restrição do direito de propriedade.

Observa-se, inclusive, que o legislador responsabilizou o proprietário das terras quanto à recomposição da reserva, que deverá ser feita ao longo dos anos, na forma estabelecida no art. 99 da Lei 8.171/99.

Trata-se, portanto, indubitavelmente, de legislação impositiva de restrição ao uso da propriedade particular, considerando que, assim não fosse, jamais as reservas legais, no domínio privado, seriam recompostas, o que abalaria o objetivo da legislação de assegurar a preservação e equilíbrio ambientais.

(...)

O meio ambiente ecologicamente equilibrado foi elevado à categoria de dogma constitucional como um direito de todos (art. 225 da CF), visando as presentes e futuras gerações. Todavia, ainda há uma parcela considerável de pessoas que resistem ao pensamento coletivo, mirando-se apenas em seus interesses imediatos.

Nesse sentido, desobrigar os proprietários da averbação é o mesmo que esvaziar a lei de seu conteúdo. O mesmo se dá quanto ao adquirente, por qualquer título, no ato do registro da propriedade. Não há nenhum sentido em desobrigá-lo das respectivas averbações, porquanto a reserva legal é regra restritiva do direito de propriedade, tratando-se de situação jurídica estabelecida desde 1965. Nesse sentido, ressalto que a mencionada restrição completará 40 anos em setembro próximo, tempo suficiente à incorporação cultural, não se justificando que, atualmente, haja proprietários resistentes à mencionada reserva".

Perfilho da orientação alcançada por S. Exa. quando afirma a necessidade da averbação defendida pelo Ministério

Público, sob pena de esvaziamento do conteúdo da Lei.
Destarte, a averbação da reserva legal, à margem da inscrição da matrícula da propriedade, é conseqüência imediata do preceito normativo e está colocada entre as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, previstas tanto no Código Florestal como na Legislação extravagante.
Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É o meu voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 1.ª T., Número Registro: 2007/0037109-2; REsp 927979/MG; Números Origem: 10596040203942 200601453310; Pauta: 15/05/2007; julgado: 15/05/2007; Relator: Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki; Subprocurador-Geral da República Exmo. Sr. Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios; Secretária Bela. Maria do Socorro Melo.
Autuação – Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Recorridos: Guilherme Sodré Alckmin e outro – Advogados: Euler Ferreira Pereira e outros; Assunto: Ação civil pública.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 1.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator.
Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-relator.
Brasília, 15 de maio de 2007.
Maria do Socorro Melo, secretária.

I ÍNDICES

Índice Onomástico

A

Adilson Abreu Dallari – 19, 183, 271, 277, 286, 288
Adriano Marrey – 144
Afrânio de Carvalho – 174, 175, 176, 180, 267, 268
Agustín Gordillo – 277
Alcides de Mendonça Lima – 339
Aldir Passarinho Junior – 321
Alexandre de Moraes – 118
Alfredo Migliore – 129
Álvaro Luiz Valery Mirra – 142, 330
Álvaro Pessoa – 101
Ana Lúcia Candeias – 183
Ana Luiza Villa Nova – 142
Ana Paula Frontini – 305
Andrea Flávia Tenório Carneiro – 35, 183
Angel Cristóbal Montes – 140, 141, 167
Antônio Carlos Alves Braga – 253
Antonio Carlos Osório Nunes – 28
Antônio de Pádua Ribeiro – 255, 319
Antonio Giner – 143
Antônio Junqueira de Azevedo – 340
Antonio Manuel Hespanha – 286
Antonio-Carlos Pereira Menaut – 281, 282
Araken de Assis – 160, 165, 339
Ari Pargendler – 317, 320
Aristóteles – 68, 119, 246, 282
Arnaldo Esteves Lima – 282
Arnaldo Rizzardo – 311
Arnoldo Wald – 121, 139
Ary José de Lima – 168
Aurélio Buarque de Holanda – 53, 180

B

Barbosa Neto – 94
Barros Monteiro – 254, 255, 315
Bernardete Schleder dos Santos – 77
Bernardino Montejano – 213
Bernardo Ribeiro de Moraes – 137
Betânia de Moraes Alfonsin – 101, 109, 166, 183
Boaventura de Souza Santos – 71
Bradford P. Johnson – 34
Bruno Affonso de André – 301

Bruno Mattos e Silva – 312, 321, 323
Bueno Magano – 129

C

Caio Mário da Silva Pereira – 50, 53, 55, 56, 61, 120, 122, 137
Cândido Rangel Dinamarco – 272, 273, 339
Canotilho – 250
Caramuru Afonso Francisco – 74, 75
Carlos Alberto Menezes Direito – 254, 315
Carlos Ferreira de Almeida – 266, 267
Carlos Maximiliano – 166, 169
Carlos Roberto Gonçalves – 311
Carvalho de Mendonça – 57
Casso Romero – 141
Celso Antônio Bandeira de Melo – 102, 288
Celso Bastos – 118
César Fiúza – 48, 54, 56, 61, 311
Cintia Maria Scheid – 11
Clóvis Beviláqua – 57, 178

D

Dalva Maria Soares – 102
Daniela Corrêa da Silva – 26
David Hume – 67, 68
De Plácido e Silva – 127
Décio Antônio Erpen – 141, 147, 158, 159, 161, 253
Dias Trindade – 319
Dínio de Santis Garcia – 247, 334
Diógenes Gasparini – 101, 126, 128, 275, 279
Diogo Freitas do Amaral – 287

E

Edésio Fernandes – 17, 21, 84, 85, 90, 93, 95, 96, 109, 166
Edgar José Jorge Filho – 71, 72, 73
Edmundo Melo de Moura – 35, 41
Eduardo Agostinho Arruda Augusto – 176, 214, 215
Eduardo Ribeiro – 255, 315, 319
Edwin Urresta – 30, 31, 32
Egon Bockmann Moreira – 270, 272, 275, 277, 280
Elvino Silva Filho – 109, 110, 137
Emilio Eiranova Encinas – 179
Eros Roberto Grau – 69

F

Fabíola Regina da Rocha – 65
Fernando Chucre – 94
Fernando Dias Menezes Almeida – 74, 77
Fernando P. Mendez González – 171
Flauzilino dos Santos – 214
Fontes de Alencar – 255
Francesco Carnelutti – 271
Francisco Antonio Casconi – 341
Francisco Asís Palácios – 142
Francisco Falcão – 344
Francisco José Rezende dos Santos – 47
Francisco Mendonça – 17
Francisco Suárez – 250
Frederico Henrique Viegas de Lima – 334
Fustel de Coulange – 193

G

Gilberto de Mello Nogueira Abdelhay Junior – 328
Gilberto Passos de Freitas – 278, 337, 340
Gimenez Arnau – 141
Giordio Del Vecchio – 283
Guimarães Menegale – 288
Gustavo Henrique Bretas Marzagão – 327

H

Hamilton Carvalhido – 281
Hamilton Quirino – 107
Hans Baldung – 302
Hegel – 79
Helena Maria Martins Lastres – 77
Hélio Lobo Júnior – 284
Hélio Quaglia Barbosa – 277, 280
Hely Lopes Meirelles – 150, 270, 275, 277, 278, 283
Henrique Ferraz de Mello – 167, 168, 169, 170
Herminia Maricato – 13
Hernando De Soto – 37, 102
Hugo de Brito Machado – 132, 135, 136
Hugo Nigro Mazzilli – 172
Humberto Gomes de Barros – 255
Humberto Theodoro Júnior – 160, 161, 263, 315, 340

I

Ives Gandra Martins – 118, 320

J

J. M. de Carvalho Santos – 179
Jânia Maria Lopes Saldanha – 162
Jaqueline Mielke Silva – 162
Jerónimo González – 141
Jesus Lopez Medel – 169
João Batista Lopes – 333
João Otávio de Noronha – 346
João Pedro Lamana Paiva – 141, 147, 155, 170, 171, 265
João Pedro Schmidt – 77
João Telmo Vieira – 17, 70
John Locke – 71, 72, 73
Jorge Miranda – 93, 119
Jorge Renato Reis – 17, 70
José Afonso da Silva – 85, 86, 91, 92, 119
José Alberto dos Reis – 266
José Carlos Barbosa Moreira – 316
José Carlos de Freitas – 107, 129, 134
José Costa Loures – 51
José Cretella Júnior – 69, 271, 273
José de Oliveira Ascensão – 200
José dos Santos Carvalho Filho – 128, 129, 130
José Eduardo Cassiolato – 77
José Joaquim Gomes Canotilho – 93
José Manoel García e García – 174
José Marcelo Tossi Silva – 110
José Mario Antonio Cardinale – 342
José Ortega y Gasset – 173
José Pedro Galvão de Sousa – 282, 283
José Roberto Bedran – 284
José Roberto Neves Amorim – 341

José Tadeu Neves Xavier – 162
José Thomaz Nabuco de Araújo – 257
Juan Vallet – 213
Juan Vázquez de Mella – 250
Jürgen Habermas – 72

K

Kênio de Souza Pereira – 107
Kim G. Glenn – 29
Kioitsi Chicuta – 168, 239

L

Lêda Virgínia Aguiar de Carvalho Granja – 109, 126
Leonardo Brandelli – 311
Lewis Mumford – 68
Liszt Vieira – 68
Lucia Valle Figueiredo – 129
Luciano Lopes Passarelli – 163
Lucilene A. C. M. de Sá – 183
Luis Manuel Fonseca Pires – 93, 94
Luís Paulo Aliende – 214
Luís Roberto Barroso – 93
Luiz Couto – 263
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr – 135, 136, 137
Luiz Ernani Bonesso de Araújo – 17, 70
Luiz Fux – 280, 281
Luiz Manoel Gomes Junior – 165, 172
Luiz Zveiter – 97, 329

M

Marcelo Augusto Santana de Melo – 143, 158
Marcelo Berthe – 214, 253
Marcelo Caetano da Costa – 193
Marcelo Martins Berthe – 237
Marcio Pugliesi – 169, 192
Marco Antonio Muscari – 214
Marco Aurélio Bezerra de Melo – 205, 209
Marco Aurélio S. Viana – 205, 209
Marcos Afonso Borges – 192, 193, 194
Marcos Nogueira Garcez – 301
Maria Augusta Vaz – 98
Maria Encarnação Beltrão Sposito – 16, 69, 70
Maria Glória Gohn – 72
Maria Goñi Rodriguez de Almeida – 174
Maria Helena Diniz – 57, 148, 180, 192, 193
Maria Lucia Maciel – 77
Maria Stela Queiroga Arruda – 183
Maria Sylvia Zanella Di Pietro – 19, 271, 272, 274, 275, 277, 278, 279, 288
Mário Luiz Delgado Régis – 49
Maurício de Almeida Abreu – 101
Melhim Namem Chalhub – 199, 205, 209
Miguel Ayuso – 213
Miguel Maria de Serpa Lopes – 257, 258, 266
Miguel Reale – 279
Miguel Seabra Fagundes – 276
Milton Santos – 12, 68
Mireille Delmas-Marty – 252
Miriam Saccol Comassetto – 310
Monasterio Galli – 247
Montesquieu – 79, 283

N

Nancy Andrighi – 254, 313, 320, 322
Narciso Orlandi Neto – 175, 178, 180
Nelson de Souza Sampaio – 271
Nelson Nery Costa – 288
Nelson Nery Junior – 192
Nelson Saule Junior – 182
Nicolau Balbino Filho – 148
Nilson Naves – 192
Norberto Bobbio – 173

O

Odete Medauar – 74, 289
Olivera Vasovic – 46
Onei Raphael – 301
Orlando Gomes – 333

P

Patrícia Teixeira Rezende de Flores – 77
Paul Van Der Molen – 36
Paulo Affonso de Leme Machado – 15
Paulo Fernando Duarte Ramos – 65
Paulo Ferreira da Cunha – 249
Paulo Nader – 71
Pedro dos Santos Barcelos – 340
Pedro Xavier Souza – 30
Peter Dale – 37, 46
Petrônio Calmon Filho – 158
Pontes de Miranda – 165, 340

R

Rafael Mayer – 340
Raquel Rolnik – 83, 90, 183, 184
Regis Fernandes de Oliveira – 279
Regnoberto Marques de Melo Júnior – 102, 147
Renan Lotufo – 129
Ricardo Dip – 101, 144, 146, 167, 168, 175, 178, 213, 243, 256, 259, 260, 268, 282, 287, 288
Ricardo Fiúza – 49, 58
Ricardo Guimarães Kollet – 107, 111, 181
Ricardo Hermany – 66, 73
Ricardo Leite Lira – 70
Ricardo Lobo Torres – 135, 136
Richard Baldwin – 37
Robert Mahoney – 36
Roberto Maia Filho – 142
Robin MacLaren – 46
Roca Sastre – 141
Rod Nixon – 34
Rodrigo Azevedo Toscano de Brito – 101
Rogério Gesta Leal – 17, 70
Rogério L. L. Silveira – 70
Romeu Felipe Bacellar Filho – 132
Ronaldo Bretas de Carvalho Filho – 340
Rosa Maria de Andrade Nery – 167, 192
Rousseau – 79
Rui Barbosa – 137
Ruy Cirne Lime – 287
Ruy Coppola – 341
Ruy Rosado de Aguiar – 254, 315
Ruy Rosado de Aguiar Junior – 101

S

Sálvio de Figueiredo Teixeira – 205, 315

Sanz Fernández – 141
Sarita Albagli – 77
Seabra Fagundes – 279, 283
Sérgio A. F. Couto – 284
Sérgio Augusto Nigro Conceição – 278
Sérgio Cavalieri Filho – 123
Sérgio Ferraz – 19, 183, 271, 275, 277, 286, 288
Sérgio Jacomino – 95, 156, 157, 159, 168, 214, 256
Sérgio Lúcio Cruz – 97
Serpa Lopes – 148, 170, 242
Sílvio de Salvo Venosa – 50, 53, 120, 123
Silvio Rodrigues – 122, 139
Sonia Marilda Péres Alves – 81
Stevan Marosan – 37
Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo – 14, 15
Sylvio Capanema Souza – 205
Sylvio do Amaral – 301

T

Tabosa de Almeida – 177
Taís Maria Loures Dolabela Guimarães – 51
Tânia Ahualli – 214
Tatiana Passos – 125
Teixeira de Freitas – 52
Theotônio Negrão – 284
Thomas Molnar – 213
Thompson Flores – 276, 280, 320
Toshio Mukai – 102, 126, 284

U

Ubiratan Guimarães – 214
Ulysses da Silva – 262, 263, 264

V

Valestan Milhomem da Costa – 103, 264, 265
Vanêsca Buzelato Prestes – 22
Venício Antonio de Paula Salles – 83, 175, 176, 180, 181
Vicente de Abreu Amadei – 142, 169, 214, 269
Vicente Greco Filho – 340
Volney Corrêa de Moraes – 249

W

Waldemar Zveiter – 315
Walter Ceneviva – 101, 141, 172, 180
Washington de Barros Monteiro – 52, 53
William James – 68

Y

Young da Costa – 300

Índice Alfabético-Remissivo

A

Abertura de matrícula
- Indeferimento pelo registrador – 293

Abuso
- de direito – 123
- do poder econômico – 81

Ação
- civil pública – 172
- de conhecimento – 327
- de locupletamento – 122
- de reparação – 161
- demarcatória – 192
- discriminatória – 193

Acordo liberatório – 53
- entre credor e devedor – 50

Administrativismo regulamentador – 251

Afetação – 127

Agenda
- marrom – 21
- verde – 21

Alienação fiduciária como garantia – 238

Aluvião – 228

Apelação – 249

Apropriação
- acumulativa e ilimitada – 71
- do solo urbano
- ilimitada – 70

Aquisição
- de imóvel pelo condomínio – 340
- imobiliária nula ou ineficaz – 318

Arbitragem – 60

Áreas
- de interesse social – 14
- de preservação permanente – 12, 13, 14, 15, 17
- de utilidade pública – 14
- públicas – 108

Assentamentos
- periféricos – 13
- urbanos ilegais – 84
- urbanos informais – 13, 16, 17, 21

Assentos registrais – Escrituração – 219

Assinatura
- digital – 157
- eletrônica – 157

Assistência judiciária gratuita – 161

Associação
- compulsória – 121
- de moradores – 96, 97
- de proprietários – 105, 111, 114, 116, 120

Ato
- discricionário da Administração Pública – 147
- registrário – 144, 328

Auto de demarcação – 191, 194, 195

Autorização para uso de área pública – 21

Autotutela – 278

Avaliação imobiliária – 35

Averbação – 260, 261, 328, 330
- Dissenso – 292
- acautelatória – 155
- de construção ou reforma – 38

– de protesto – 253
– de reserva legal florestal – 344
– em ações de conhecimento – 327
– na matrícula imobiliária – 146
– premonitória – 155, 158, 161, 256, 327

B

Bem-estar – 67
Benefícios econômicos na legalização imobiliária – 46
Benfeitorias necessárias – 123
Boa-fé – 312, 318
– do comprador de imóveis na fraude à execução – 318
Burocracia – 36

C

Certidão
– acautelatória – 155, 158, 159
– acautelatória – Objetos – 159
– digital – 157
– do Incra – 231
– Indeferimento pelo registrador – 293
– Narrativa – 38
– Negativa de Débitos – 38, 40
– premonitória – 155, 157
Cessão na concessão – 205
Cidadania – 68
Cidade – 82
– forma; – 21
– real – 24
– sustentável – 17, 24, 89
Cláusula
– aberta – 180
– *ad corpus* – 176
– *ad mensuram* – 176
Cobrança de emolumentos – 290
Código Civil
– art. 15 – 134
– art. 45 – 120
– art. 53 – 114, 120
– art. 53, par. ún. – 116
– art. 54 – 120
– art. 55 – 120
– art. 56 – 120, 121
– art. 57 – 120
– art. 58 – 120
– art. 59 – 120
– art. 60 – 120
– art. 61 – 120
– art. 99, I – 128
– art. 103 – 130
– art. 108 – 62, 307, 309
– art. 138 – 224
– art. 159 – 134
– art. 187 – 123
– art. 243 – 55
– art. 252, *caput* – 58
– art. 313 – 49, 52
– art. 356 – 48, 54, 63
– art. 357 – 48, 51, 63
– art. 358 – 48, 51, 52, 63
– art. 359 – 48, 52, 56, 63
– art. 381 – 60
– art. 422 – 127, 140
– art. 441 – 58
– art. 447 – 57
– art. 448 – 57

– art. 500, § 1.º – 228
– art. 661 – 55
– art. 851 – 60
– art. 852 – 60
– art. 853 – 60
– art. 860 – 178
– art. 884 – 123
– art. 885 – 123
– art. 886 – 123
– art. 967 – 178
– art. 982 – 114
– art. 1.132 – 320
– art. 1.225 – 20
– art. 1.227 – 265
– art. 1.247 – 321
– art. 1.314 – 107, 108
– art. 1.315 – 107, 108, 139
– art. 1.316 – 107, 108
– art. 1.317 – 107, 108
– art. 1.318 – 107, 108
– art. 1.319 – 107, 108
– art. 1.320 – 107, 108
– art. 1.322 – 107, 108
– art. 1.323 – 108
– art. 1.324 – 108
– art. 1.325 – 108
– art. 1.326 – 108
– art. 1.327 – 107
– art. 1.328 – 107
– art. 1.329 – 107
– art. 1.330 – 107
– art. 1.331 – 107, 108, 113
– art. 1.332 – 107, 108, 113
– art. 1.333 – 107, 108, 113
– art. 1.334 – 107, 108, 113
– art. 1.335 – 107, 108, 113
– art. 1.336 – 107, 108, 113, 139
– art. 1.337 – 107, 108, 113
– art. 1.338 – 107, 108, 113
– art. 1.339 – 107, 108, 113
– art. 1.340 – 107, 108, 113, 139
– art. 1.341 – 107, 108, 113
– art. 1.342 – 107, 108, 113
– art. 1.343 – 107, 108, 113
– art. 1.344 – 107, 108, 113
– art. 1.345 – 107, 108, 113, 139
– art. 1.346 – 107, 108, 113
– art. 1.347 – 107, 108, 113
– art. 1.348 – 107, 108, 113
– art. 1.349 – 107, 108, 113
– art. 1.350 – 107, 108, 113
– art. 1.351 – 107, 108, 113
– art. 1.352 – 107, 108, 113
– art. 1.353 – 107, 108, 113
– art. 1.354 – 107, 108, 113
– art. 1.355 – 107, 108, 113
– art. 1.356 – 107, 108, 113
– art. 1.357 – 107, 108, 113
– art. 1.358 – 107, 108, 113
– art. 1.369 – 203, 206
– art. 1.370 – 203, 205
– art. 1.371 – 203, 205
– art. 1.372 – 203
– art. 1.373 – 203
– art. 1.374 – 203
– art. 1.375 – 203
– art. 1.376 – 203, 208
– art. 1.377 – 203, 204
– art. 1.424 – 174
– art. 1.473 – 20
– art. 1.474 – 208, 211
– art. 1.483 – 203

– art. 1.483, X – 204
– art. 1.667 – 306, 308
– art. 1.668 – 306, 308
Código de Processo Civil
– art. 17 – 317
– art. 18 – 161, 317
– art. 154 – 299
– art. 251 – 316
– art. 263 – 316
– art. 334, IV – 316
– art. 496 – 249
– art. 593, II – 313, 316, 322
– art. 593, § 3.º – 160
– art. 601 – 317
– art. 615-A – 158, 327
– art. 615-A, § 1.º – 159
– art. 615-A, § 4.º – 160
– art. 620 – 156
– art. 655, *caput* – 156
– art. 655 – 156, 157
– art. 655-A – 157
– art. 656 – 156, 157
– art. 659, § 4.º – 161, 263, 264, 267, 328
– art. 659, § 6.º – 162, 264, 299, 328
– art. 686 – 160, 264, 328
– art. 722, § 1.º – 262, 265
– art. 739-B – 161
– art. 946 – 192
Código Florestal – Vide Lei 4.771/65
Código Judiciário do Estado de São Paulo – art. 246 – 261
Código Tributário Nacional
– art. 81 – 136
– art. 186 – 268
Coisa
– julgada administrativa – 280
– pública – 128
Colônia de Portugal – 28
Compensação – 59
Competência concorrente – 232
Compromisso – 60
Comunhão universal de bens – 305
Concessão – 204
– de direito real de uso – 13, 166
– de serviço público – 131
– de uso especial para fins de moradia – 18, 19, 20
– do direito de superfície – 200
Concessão especial de uso para fins de moradia: a interface entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sustentável em áreas de preservação permanente – Cintia Maria Scheid – 11
Concurso público – 170
Condomínio – 91, 92, 107, 108, 340
– Aquisição de imóvel – 340
– atípico – 107
– de casas – 137
– de fato – 107
– de lotes – 105
– deitado – 137
– edilício – 108
– edilício – Equiparação com loteamento – 125
– especial disciplinado pela Lei 4.591/1964 – 330
– fechado – 107
– necessário – 107
– tradicional regido pelo Código Civil – 330
– urbanístico – 94, 101

– voluntário – 107, 108
Confusão – 60
Consignação em pagamento – 61
Constituição Federal
– art. 3.º, IV – 69
– art. 5.º, *caput* – 73
– art. 5.º – 69
– art. 5.º, II – 96, 97, 118
– art. 5.º, XI – 113
– art. 5.º, XX – 97, 118
– art. 5.º, XXII – 87
– art. 5.º, XXXV – 134, 188
– art. 5.º, LIV – 74, 168, 274
– art. 5.º, LV – 74, 274
– art. 6.º – 18, 183
– art. 22, I – 86, 112
– art. 24, § 1.º – 86
– art. 24, I – 86
– art. 30, I – 112
– art. 37 – 274
– art. 37, § 6.º – 134
– art. 59 – 96
– art. 59, XX – 96
– art. 127, *caput* – 134, 173
– art. 129, II – 134
– art. 129, III – 134
– art. 145, II – 135
– art. 145, III – 135
– art. 150, II – 137
– art. 156, § 2.º – 308
– art. 170, II – 87
– art. 170, III – 87
– art. 175 – 130, 133
– art. 182 – 87, 112, 165
– art. 182, § 2.º – 78
– art. 182, § 4.º – 112
– art. 182, § 4.º, I – 66, 73
– art. 183 – 22, 87
– art. 183, § 1.º – 18
– art. 236 – 166
– art. 236, § 1.º – 283
– art. 236, § 3.º – 170
Constrições judiciais – 328
Contrato de gaveta – 222
Contribuição de melhoria – 136
Controle
– administrativo – 278
– administrativo de legalidade – 279
– do empreendimento – 111
Convenção condominial – 108, 330
Cooperação entre governos – 89
Corregedor – 286
Cortiços – 16
Costume – 26
Crédito
– imobiliário – 167
– locatício – 202
Crime contra a Administração Pública – 88, 88
Custo para o processo de legalização da reforma de imóvel – 44

D

Dação
– *pro soluto* – 56
– *pro solvendo* – 56
Dação em pagamento – 47
– Natureza jurídica – 50, 51, 56
– Objeto – 53
– para extinção de dívida tributária – 61

– Registro de imóveis – 61
– Requisitos – 54
Dação em pagamento e o novo Código Civil (A) – Francisco José Rezende dos Santos – 47
Datio in solutum – 50
Débitos condominiais – 340
Decretos
– 482/1846
– art. 30 – 257
– art. 31 – 257
– 1.318/1854 – 193
– 3.079/1938 – 85, 86
– 3.453/1865 – 257
– 9.420/1885 – 258
– 93.240/1986
– art. 1.º, III – 140
– art. 1.º, § 2.º – 140
Decretos-leis
– 195/1967
– art. 2.º – 136
– 271/1967 – 85, 86, 124, 125
– art. 3.º, *caput* – 124
– art. 3.º, § 2.º – 124, 125
– art. 7.º – 110
– 58/1937 – 85, 86, 125, 261, 264
– 9.760/1946 – 186, 193
– art. 18 – 186
– art. 18-A, § 3.º – 190
– art. 18-A, I – 188
– art. 18-C – 190
– art. 18-D – 191
– art. 18-D, § 2.º – 188
– art. 18-D, § 5.º – 188
– art. 18-E, I – 188
– art. 18-F, § 1.º – 189
– art. 18-F, § 4.º – 190
Demarcação – 187, 192
– administrativa – 192
– urbanística – 194
Desafetação – 128
– de áreas públicas – 20, 23
Desapropriação – 240
– em direito de superfície – 206, 208
Desmembramento – 86
– de imóvel certificado pelo Incra – 231
Desvalorização imobiliária – 36
Dignidade humana – 69
Direito
– à diferença – 183
– à moradia – 12, 18, 21
– à propriedade – 66
– das obrigações – 47
– de associação – 119
– de superfície – 199, 200, 201, 203
– de superfície – Direitos e obrigações – 204
– de superfície – Forma de contratação – 204
– de superfície – Modo de constituição – 204
– de superfície – Responsabilidade patrimonial das partes – 208
– difuso – 171
– positivo – 274
– real – 203, 330
– real de propriedade temporário – 200
– social puro – 66
– urbanístico – 87, 112
– ao meio ambiente sustentável – 12, 21
– subjetivo do possuidor – 19, 20

Discriminação – 191, 193
Diso – Declaração e Informação sobre Obra de Construção Civil – 40, 44
Diversidade de direitos sobre a terra – 29
Dívida tributária – 61
Due process f law – 168
Dúvida – 256, 257
– Apelação – 249
– imprópria – 290
– inversa – 247
– registrária – 290
Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis – Ricardo Dip – 243

E

Emenda Constitucional
– 32/2001 – art. 2.º – 18
Ecossistema – 17
Edificação compulsória – 65
Educartório – 270
Efeito devolutivo da dúvida – 248
Elementos retificáveis do registro de imóveis – 223
Empreendimento híbrido – 106
Enriquecimento sem causa – 123
Erro
– de especialidade – 225
– evidente – 238
– evidente no registro – 181
Escrituração dos assentos registrais – 219
Espaço urbano – 82
Especialidade
– do fato jurídico – 224
– objetiva – 175, 177, 224, 240
– subjetiva – 224, 240
Especialização de áreas – 164
Especulação
– fundiária – 12
– imobiliária – 70
Estado – 283
Estatuto da Cidade – Vide: Lei 10.257/2001
Evicção – 57
– na dação em pagamento – 52
Exceção contratual – 52
Êxodo rural – 32
Expropriações ilegais de terras – 30
Extinção da obrigação – 50

F

Faixa *non aedificandi* – 15
Favela – 16, 36, 100
Fechamento de área loteada – 99
Figura jurídica autônoma – 51
Financiamentos habitacionais – 20
Flexibilidade formal – 277
Formalidade temperada – 277
Fração ideal localizada – 235
Fraude – 155
– à execução – 157, 159, 337
Fraude à execução e a averbação acautelatória e/ou premonitória à luz das inovações trazidas pelas Leis 11.382/06 e 11.419/06 (A) – João Pedro Lamana Paiva – 155
Fraude à execução e boa-fé: mudou o entendimento do Superior

Tribunal de Justiça? – Bruno Mattos e Silva – 312

Função

– correcional – 288

– social da cidade – 166

– social da propriedade – 18, 94, 167, 170, 172, 344

– social da retificação registral – 173

– social do Registro de Imóveis – 165, 167, 236

Fusão de matrículas – 233

Futuro da dúvida no registro de imóveis – 243

Futuro sócio casado pelo regime da comunhão universal – 305

G

Galáxia judiciária – 258, 259

Garantia real – 20

Georreferenciamento – 215, 221, 226, 239

Gerenciamento territorial – 36

Gestão democrática – 89

H

Hermenêutica – 166, 169

I

Ibama – 15

Imagens de satélite – 39

Imóveis

– ilegais em Recife – 37

– rurais – 175

Imóvel

– certificado com área beneficiada pelo prazo – 231

– certificado pelo Incra – 231

– certificado pelo Incra – Qualificação registral – 230

– rural – 215, 231

Impugnação da demarcação – 189

Incerteza fundiária – 33

Incra – 226, 230, 231

Indefinição dominial – 30

Indenização em direito de superfície – 208

Individualidade objetiva do terreno – 86

Industrialização – 12

Inércia da municipalidade – 92

Influência da legalidade do imóvel na sua valorização (A) – Um estudo em Recife-PE – Edmundo Melo de Moura e Andrea Flávia Tenório Carneiro – 35

Informação – Indeferido pelo registrador – 293

Inscrição da penhora – 264

Insensibilidade jurídica – 164

INSS – 38, 40

Instituição do regime no Registro de Imóveis – 103

Instrumento público – 305

Integralização

– de bem – 310

– por bens imóveis – 305

Integralização de quotas societárias com bens imóveis por sócio casado no regime da comunhão universal de bens (Da) – Ana Paula Frontini – 305

Interesse coletivo – 65

Inversão do ônus probatório – 264
IPTU progressivo – 74
Irregularidade fundiária – 16

J

Juízo Corregedor – 269, 286
Juridicidade dos loteamentos fechados com a publicidade no Registro de Imóveis (A) – Valestan Milhomem da Costa – 103

L

Legalidade
– do imóvel – 35
– objetiva – 278
Legalização de imóveis – 35, 36, 37
Legitimidade da apropriação acumulativa e ilimitada – 71
Lei – 122

Leis
Lei 601/1850 – 193

Lei 4.591/1964 – 108
– art. 4.°, par. ún. – 140
– art. 8.° – 91, 98, 123
– art. 9.° – 92
– art. 32, § 10 – 92
– art. 32, *d* – 92
– art. 63, § 3.° – 340
Lei 4.771/65 – 14
– art. 2.° – 14
– art. 2.°, par. ún. – 14
Lei 6.015/1973 – 261, 262
– art. 109 – 284
– art. 110 – 284
– art. 115, *caput* – 120
– art. 115, par. ún. – 120
– art. 119 – 120
– art. 127, par. ún. – 115
– art. 127, VII – 115
– art. 144, I – 120
– art. 167 – 141, 146
– art. 167, I – 145, 292, 293
– art. 167, I, 5 – 262, 263, 265, 268
– art. 167, I, 19 – 116
– art. 167, I, 21 – 327
– art. 167, I, 32 – 307
– art. 167, II – 144, 148, 292
– art. 167, II, 3 – 146
– art. 167, II, 5 – 158
– art. 167, II, 6 – 146
– art. 167, II, 18 – 75
– art. 172 – 171
– art. 176, I, 3, a – 175
– art. 176, I, 3, *b* – 175
– art. 198 – 248, 260, 290
– art. 199 – 260
– art. 200 – 260
– art. 201 – 260
– art. 202 – 260
– art. 203 – 260
– art. 203, I – 327
– art. 203, II – 260
– art. 204 – 249, 254, 260
– art. 205 – 190, 260
– art. 206 – 260
– art. 207 – 260
– art. 212 – 238
– art. 212, *caput* – 179

– art. 212, par. ún. – 284
– art. 213 – 179, 181, 284, 290
– art. 213, I – 239
– art. 213, I, *a* – 181
– art. 213, II – 194, 239
– art. 213, II, § 6.º – 182
– art. 213, § 6.º – 241
– art. 213, § 9.º – 192
– art. 213, § 9.º, II – 241
– art. 213, § 11 – 184, 185, 186
– art. 213, § 11, I, *in fine* – 194
– art. 214 – 179, 284
– art. 214, § 1.º – 294
– art. 214, § 2.º – 294
– art. 214, § 3.º – 295, 296
– art. 214, § 4.º – 295
– art. 214, § 5.º – 295, 296, 324
– art. 215 – 179
– art. 216 – 179, 284
– art. 221 – 147
– art. 225 – 176
– art. 225, § 2.º – 176
– art. 240 – 265, 268
– art. 246 – 138, 141, 146, 147, 148, 158, 240, 292
– art. 252 – 147
Lei 6.383/1976 – 193
Lei 6.404/1976 – art. 234 – 264
Lei 6.766/1979 – 15, 85, 86, 88, 96, 98, 107
– art. 2.º – 86, 127
– art. 2.º, § 1.º – 88
– art. 2.º, § 2.º – 88
– art. 2.º, § 6.º – 184
– art. 3.º, § 1.º – 15
– art. 4.º – 15, 108
– art. 12 – 88
– art. 13 – 88
– art. 14 – 88
– art. 15 – 88
– art. 16 – 88
– art. 17 – 88
– art. 18 – 86, 88, 116, 297
– art. 18, *caput* – 116
– art. 19 – 88, 290
– art. 19, § 1.º – 284
– art. 20 – 88
– art. 21 – 88
– art. 21, § 3.º – 116
– art. 22 – 86, 88, 116
– art. 29 – 121
– art. 36, § 4.º – 116
– art. 36, § 8.º – 116
– art. 37 – 116
– art. 38, § 1.º – 284
– art. 38, § 3.º – 284
– art. 38, § 4.º – 284
– art. 40, § 1.º – 284
– art. 50 – 88
– art. 50, par. ún., I – 88
– art. 50, par. ún., II – 88
– art. 51 – 89
– art. 53 – 188
Lei 6.830/1980
– art. 7.º, IV – 268
– art. 14 – 268
Lei 6.938/1981 – art. 14, § 1.º – 134
Lei 7.347/1985
– art. 1.º, IV – 134
– art. 5.º – 134
– art. 21 – 134
Lei 7.433/1985 – 313, 316
– art. 2.º, § 2.º – 140

Lei 8.078/1990
– art. 81 – 134
– art. 82 – 134
– art. 110 – 134
– art. 117 – 134
Lei 8.245/1991 – art. 38, § 1.º – 264
Lei 8.625/1993 – art. 25, IV, *a* – 134
Lei 8.666/1993 – 289
– art. 3.º – 131
– art. 6.º, *caput* – 131
– art. 6.º, II – 131
– art. 6.º, § 1.º – 131
– art. 24 – 131
– art. 25 – 131
Lei 8.934/1994 – 307, 308, 310
Lei 8.935/1994 – 259, 267
– art. 1.º – 140, 145
– art. 3.º – 170
– art. 28 – 169
– art. 29, XIV – 169
– art. 37 – 288
Lei 8.987/1995
– art. 1.º – 130
– art. 2.º, II – 131
– art. 2.º, IV – 133
– art. 40 – 133
Lei 9.307/1996 – 60
Lei 9.492/1997
– art. 18 – 284
– art. 26, § 3.º – 284
Lei 9.514/1997
– art. 22 – 203
– art. 22, IV – 204
Lei 9.636/1998
– art. 7.º, § 2.º – 187
Lei 9.648/1998
– art. 24 – 131
Lei 9.748/1999 – 286
– art. 1.º, § 1.º – 285
– art. 2.º – 274
– art. 2.º, par. ún. – 274
– art. 2.º, par. ún., I – 272, 281, 282
– art. 54, § 1.º – 280
Lei 9.785/1999 – 184
Lei 10.177/1998 – 286
Lei 10.257/2001 – 13, 66, 67, 89
– art. 2.º, I – 17
– art. 3.º – 112
– art. 4.º – 182
– art. 4.º, V, *h* – 18, 22
– art. 4.º, V, *i* – 66, 73
– art. 5.º – 66, 73, 74, 76
– art. 5.º, § 3.º – 74
– art. 5.º, § 4.º, I – 75
– art. 5.º, § 4.º, II – 75
– art. 5.º, § 5.º – 75
– art. 6.º – 66, 75
– art. 7.º – 74
– art. 8.º – 74
– art. 21 – 110, 203
– art. 21, § 3.º – 205, 208
– art. 22 – 110, 203
– art. 23 – 110, 203
– art. 24 – 203
Lei 10.267/2001 – 175, 215
Lei 10.520/2002 – 289
Lei 10.931/2004 – 179, 237
Lei 11.382/2006 – 155, 156, 157, 161, 262, 263, 299, 327, 328
– art. 7.º – 265
Lei 11.419/2006 – 155
– art. 1.º – 159

– art. 1.º, § 2.º – 157
– art. 8.º, par. ún. – 157
Lei 11.481/2007 – 19, 163, 186, 203, 207, 209
– art. 22 – 186
Lei de Responsabilidade Territorial – 94
Lei do Parcelamento do Solo Urbano – Vide: Lei 6.766/79
Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro – art. 429, VI – 23
Lei de Introdução ao Código Civil
– art. 2.º – 265
Licitação – 103, 131, 289
Limite
– da superfície – 72
– de utilidade – 72
Loteamentos – 81, 86, 108
– clandestinos – 16
– em condomínio – 109, 126
– Equiparação com condomínio edilício – 125
– fechados – 81, 82, 88, 90, 98, 101, 103, 105, 107, 109, 110
– fechados – Registro de Imóveis – 138
– fechados – Tratamento tributário – 138
– fechados em Governador Valadares – 114
– fechados em Paulínia – 114
– fechados em Ribeirão Preto – 114
– fechados em Santa Fé do Sul – 114
– fechados em São José – 114
– fechados em São José do Rio Preto – 112
– fechados em Vargem Grande do Sul – 114
– ordinários – 108
– urbanos clandestinos – 82, 90
– urbanos informais – 84
"Loteamentos fechados" nas grandes cidades: a produção da ilegalidade por atores revestidos de poder social, econômico e político – Sonia Marilda Péres Alves – 81

M

Mandado de penhora – Transmissão eletrônica – 162
Matrícula – Fusão – 233
– Inserção de elementos de ordem obrigacional – 330
– Pluralidade – 233, 235
Medidas Provisórias
– 2.166-67/2001 – 15
– 2.220/2001 – 18, 22, 23
– art. 1.º – 18
– art. 4.º – 20
– art. 5.º – 20
– art. 6.º, § 3.º – 19
– art. 6.º, § 4.º – 19
Meio ambiente – 344
– sustentável – 21
– urbano – 17
Meirinho – 286
Memorial do loteamento – 134
Mercado
– de imóveis ilegais – 36
– imobiliário – 35, 36, 37, 199
Milícias – 29
Modelo
– de peça para registro do regime de loteamento fechado na matrícula-mãe – 153

– para registro de Auto de Demarcação – 190, 191
Modelos habitacionais – 107
Mosaico histórico – 82
Multipropriedade – 330
Mundo digital – 162

N

Nota devolutiva – 190, 222
Notas sobre a separação patrimonial no direito de superfície – Melhim Namem Chalhub – 199
Notificação – 191
Novação – 56, 59
Núcleo habitacional – 128

O

Obrigação – 122
– alternativa – 58
– facultativa – 58
– *propter rem* – 139
Ocupação
– informal de terras – 36
– irregular – 36
Omissão do Poder Público – 81
Ônus da prova – 313

P

Pacta sunt servanda – 49
Parcelamento do solo – 81, 85, 110, 290, 297
Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios: a utilidade como limite da apropriação do solo urbano e os requisitos para sua implementação (O) – Paulo Fernando Duarte Ramos e Fabíola Regina da Rocha – 65
Pedágio – 129
Penhora – 155, 256, 264, 328, 337
– decorrente de execução fiscal – 268
– Dinheiro em conta bancária – 157
– Efetivação – 156
– Escolha dos bens – 156
– Gradação legal – 156
– Natureza jurídica – 266
– oriunda de execução fiscal – 162
Penhora e o procedimento de dúvida (A) – Sérgio Jacomino – 256
Permissão – 131, 134
– de uso – 103, 114
Permissividade do Poder Público – 100
Personalidade jurídica – 340
Pesquisa de campo – 246
Planejamento urbano – 33, 100
Plano diretor – 94, 182
Planta do imóvel – 176, 195
Pluralidade de matrículas – 233, 235
Poder Judiciário – 282
Política
– de desenvolvimento urbano – 94, 112, 127, 165
– judiciária – 260
– pública de inclusão social – 21
– pública urbana – 18
– urbana – 94
Políticas

– de regularização fundiária urbana – 83
– públicas – 65
– territoriais – 36, 37
Posse – 19
Prazo para o processo de legalização da reforma de imóvel – 43
Pregão – 289
Prenotação – 260
Preservação da segurança jurídica – 104
Presunção relativa de fraude – 313
Prevaricação – 230, 232
Princípio
– constitucional da universalidade da jurisdição – 238
– da acessão – 200, 207
– da autotutela – 278
– da boa-fé – 56, 140
– da concentração – 103, 138, 145, 158, 159
– da continuidade – 337
– da especialidade – 165, 174, 175, 176
– da especialidade objetiva – 226, 227
– da especialidade registral-imobiliária – 165
– da função social da propriedade – 88
– da instrumentalidade das formas – 226
– da isonomia – 98, 99
– da legalidade – 118, 119, 168, 170, 247
– da liberdade associativa – 118, 119
– da liberdade de locomoção – 93, 98, 99
– da probidade – 140
– da publicidade – 103, 138, 145, 158, 160, 172
– da qualificação – 156
– da razoabilidade – 93
– da segurança de vida – 98
– da segurança pública – 93
– da vinculação – 75
– do informalismo – 277
– do limite de utilidade – 65
– do limite de utilidade da propriedade urbana – 73
Problemas urbanos – 24
Procedimento
– de dúvida – 243, 256
– retificatório – 186
Processo – 270, 272
– administrativo – 270, 274
– administrativo disciplinar – 290
– administrativo especial – 289
– administrativo especial referente ao registro de imóveis – 288
– administrativo no Poder Judiciário – 282
– administrativo ordinário – 289
– administrativo ordinário de registro predial – 291, 299
– de legalização da reforma de imóvel – 41, 43
– de reexame de requerimento indeferido pelo registrador – 293
– de requalificação – 292
– legislativo – 273
Processo administrativo ordinário no juízo corregedor – Vicente de Abreu Amadei – 269
Programa de Legislação de Terras em Timor-Leste – 27, 31

Projetos de Lei
– 20/2007 – 94, 95, 101, 184, 186, 194
– 3.057/2000 – 94, 95
Projeto de loteamento – Aprovação – 133
Promessa de dação em pagamento – 61
Propriedade – 67
– intramuros – 107
– quiritária – 69
– superficiária – Constituição por cisão – 200
– urbana – 65
Publicidade – 344
– constitutiva – 267
– declarativa – 266
– direta – 294
– do regime do empreendimento – 104
– Efeitos – 266
– indireta – 294
– no Registro de Imóveis – 103
– registral – 156, 171
Publicidade-notícia – 266
Publicização na matrícula do imóvel – 159

Q

Qualificação
– *light* – 264
– negativa – 247, 257
– positiva – 257
– registral – 216, 218, 246
– registral em imóvel certificado pelo Incra – 230
Qualificação registral na retificação de registro e no georreferenciamento (A) – Eduardo Agostinho Arruda Augusto – 215
Questão fundiária em Timor-Leste (A) – Daniela Corrêa da Silva – 26
Quotas societárias – 305

R

Rateio do custeio do empreendimento – 104
Reexame de requerimento indeferido pelo registrador – 293
Reforma
– de imóvel – 38
– processual decorrente da Lei 11.382/2006 – 328
– urbana – 67, 73
Reformas na execução – 324
Regime
– da comunhão universal de bens – 305
– tributário dos loteamentos fechados – 135
Registrador – 216, 217
– de imóveis – 167, 168
– Função qualificadora – 218
– Imobiliário – Função social – 236
– Indeferimento de requerimento – 293
Registro
– Cancelamento administrativo – 294
– da penhora – 264
– de Imóveis – 47, 165, 199, 215, 237, 243, 256, 269, 344

– de Imóveis – Elementos retificáveis – 223
– de Imóveis – Funções – 143
– de todas as terras de Timor-Leste – 32
– do regime do loteamento fechado – 146
– especial – Dispensa para parcelamento do solo – 297
– imobiliário – Fomento – 222
– imobiliário na Sérvia – 37
– Oponibilidade *erga omnes* – 171
– *stricto sensu* – 260
Regularização fundiária – 15, 33, 89, 163, 164, 166, 184, 194, 221
– de interesse específico – 185
– de interesse social – 185
– sustentável – 94, 184
– urbana – 22
Remissão – 60
Renúncia de receber – 60
República – 283
Requalificação – 292
Requerimento indeferido pelo registrador – 293
Reserva legal florestal – 344
Resolução Conama 369
– art. 1.º – 15
– art. 2.º, II, *c* – 15
– art. 4.º, § 2.º – 16
Retificação
– administrativa – 179
– Aumento de área – 228
– bilateral do registro – 182
– consensual – 239
– da unificação de matrículas – 241
– de registral extrajudicial – 232
– de registral judicial – 232
– de registro – 215, 216, 221, 225, 290
– de uma pluralidade de matrículas – 233
– Diminuição de área – 230
– *ex officio* – 181
– Mérito – 226
– registral – 171, 173, 174, 177, 178, 180, 181
– registral-imobiliária – 163
– unilateral do registro – 182
Retificação do registro de imóveis, regularização fundiária e as ZEIS – Zonas Especiais de Interesse Social – Luciano Lopes Passarelli – 163
Retificação judicial de registro – Marcelo Martins Berthe – 237
Retribuição na concessão – 205
Revolução dos Cravos – 28

S

Saber jurídico prudencial – 223
Sândalo – 28
Securitização de créditos – 201
Segurança jurídica – 138, 143, 156, 159, 162, 166, 237, 324
– registral – 216, 217, 218, 222
Sentença arbitral – 60
Separação patrimonial – 199
Serviço
– adequado – 131
– público – 130
Sesmarias – 193
Sistema Financeiro Imobiliário – 36
Sistema formal de garantias – 145

Sociedade
– civil – 114
– simples – 114
Sócio casado no regime da comunhão universal de bens – 305
Sub-registro – 222
Superficiário – 199
Superior Tribunal de Justiça – 312
– Súmulas
– 328 – 157
– 343 – 277
Supremo Tribunal Federal
– Súmulas
– 346 – 279
– 473 – 279

T

Taxa de Solo Natural – 42
Terceiro de boa-fé – 159, 160
Time sharing – 330
Timor-Leste – 26
Título
– da concessão de uso especial – 19
– prenotado – 219
Títulos – Controle do ingresso – 219
Tradicional – 26
Tráfico jurídico-imobiliário – 168
Transação – 59
Transferência de imóveis por pessoa casada – 308
Transmissão
– das terras em Timor-Leste – 30
– de bens imóveis por pessoas casadas – 308
Tributo vinculado – 136

U

Unidades autônomas – 330
Uniformismo apriorista – 250
Universalidade da jurisdição – 238
Urbanização – 12, 89
Uso compulsório – 65
Usucapião urbana – 19, 166
Usufruto – Inscrição da carta – 262
Utilidade forçada – 76
Utilização compulsória – 65, 73

V

Valor do imóvel em função da sua legalidade – 45
Valorização do imóvel legalizado – 45
Vício
– de consentimento – 224
– extrínseco – 295
– redibitório – 58
Vícios registrais – 173
Vila popular – 41
Vínculo jurídico – 122
Vontade humana – 122

Z

Zonas Especiais de Interesse Social (Zeis) – 163, 177, 182, 185
– Dispensa do rito retificatório – 185
Zoneamento urbano – 183

INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL

IRIB
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

Av. Paulista, 2.073, Horsa I,
12.º, cjs. 1.201 e 1.202 - Cerqueira César
CEP 01311-940 - São Paulo - SP
Tel. Fax 11 3289.3599 - 3289.3321 - 3289.3340
www.irib.org.br - irib@irib.org.br

DIRETOR RESPONSÁVEL
SÉRGIO JACOMINO
COORDENADORES EDITORIAIS
SÉRGIO JACOMINO
MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO
LUCIANO LOPES PASSARELLI

Presidente
HELVÉCIO DUIA CASTELLO
presidente@irib.org.br

Vice-presidente
JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA

Diretor de Publicidade e Divulgação
FLAUZILINO ARAÚJO DOS SANTOS

Fundador
JÚLIO DE OLIVEIRA CHAGAS NETO

Secretaria do IRIB
irib@terra.com.br

Ouvidora
ouvidoria@irib.org.br

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

ÁLVARO MELO FILHO (CE), DIEGO SELHANE PÉREZ (SP), EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA (RJ), ELVINO SILVA FILHO (SP), FLAUZILINO ARAÚJO DOS SANTOS (SP), FRANCISCO JOSÉ RESENDE DOS SANTOS (MG), FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA (DF), GEORGE TAKEDA (SP), JOÃO BAPTISTA GALHARDO (SP), JOÃO BAPTISTA MELLO E SOUZA NETO (SP), JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA (RS), ALEXANDRE LAIZO CLÁPIS (SP) RICARDO HENRY MARQUES DIP (SP).

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: HELVÉCIO DUIA CASTELLO (Espírito Santo-ES) – Secretário-geral: JOÃO BAPTISTA GALHARDO (Araraquara-SP) - 1.º Secretário: SÉRGIO BUSSO (Bragança Paulista-SP) -Tesoureiro-geral: Ari Álvares Pires Neto (Buritis-MG)1.º Tesoureiro: VANDA MARIA PENNA OLIVEIRA ANTUNES DA CRUZ (São Paulo-SP) – Diretor Social e de Eventos: RICARDO BASTO DA COSTA COELHO (Apucarana-PR) – Diretor de Publicidade e Divulgação: FLAUZILINO ARAÚJO DOS SANTOS (São Paulo-SP) — Diretor de Assistência aos Associados: JORDAN FABRÍCIO MARTINS (Florianópolis-SC) – Diretora de Urbanismo, Regularização Fundiária e Assuntos Legislativos: PATRÍCIA ANDRÉ DE CAMARGO FERRAZ (Diadema-SP) – Diretor de Meio Ambiente: MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO (Araçatuba-SP) - Diretor de Assuntos Agrários: EDUARDO AGOSTINHO ARRUDA AUGUSTO (Conchas-SP) – Diretor de Relações Internacionais: SÉRGIO JACOMINO (São Paulo - SP) -Diretor Adjunto de Assuntos Agrários: FABIO MARTINS MARSÍGLIO (Piedade-SP) – Diretor Executivo: MÁRCIO MARTINELLI (São Paulo-SP) – Coordenador Acadêmico da ENRI: FRANCISCO JOSÉ REZENDE DOS SANTOS (Belo Horizonte-MG) e Coordenador Internacional da ENRI: EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA (Teresópolis-RJ).

CONSELHO DELIBERATIVO

Presidente: JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA

SÉRGIO TOLEDO DE ALBUQUERQUE (Maceió-AL) – STANLEY QUEIROZ FORTES (Manaus-AM) – ANA TEREZA ARAÚJO MELLO FIÚZA (Fortaleza-CE) – Luiz Gustavo Leão Ribeiro (Brasília-DF) – ETELVINA ABREU DO VALLE RIBEIRO (Serra-ES) – CLENON DE BARROS LOYOLA FILHO (Goiânia-GO) - JOSÉ WILSON PIRES SAMPAIO-(Paço do Lumiar-MA) NIZETE ASVOLINSQUE (Cuiabá-MT) –Miguel Seba Neto(Camapuã-MS) - FRANCISCO JOSÉ REZENDE DOS SANTOS (Belo Horizonte-MG) – CLEOMAR CARNEIRO DE MOURA (Belém-PA) - FERNANDO MEIRA TRIGUEIRO (Patos-PB) - JOSÉ AUGUSTO ALVES PINTO (Araucária-PR) - GUIDO GAYOSO CASTELO BRANCO BARBOSA (in memoriam) – MIRIAM DE HOLANDA VASCONCELLOS (Recife-PE) – EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA (Teresópolis-RJ) – JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA (Sapucaia do Sul-RS) –GLECI PALMA RIBEIRO MELO (Florianópolis-SC) – GEORGE TAKEDA (SÃO PAULO-SP) – LINCOLN BUENO ALVES (Franca – SP) E SÉRGIO JACOMINO (São Paulo - SP).

Normas de Publicação para Autores

1. Os trabalhos encaminhados para publicação nos periódicos ou em outro repositório, em qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica, editados pela Editora Revista dos Tribunais *deverão ser inéditos e sua publicação não deve estar pendente em outro local*. Uma vez publicados pela Editora, consideram-se licenciados para a Editora Revista dos Tribunais com exclusividade, pelo prazo de duração dos direitos patrimoniais do autor. Os trabalhos também poderão ser publicados em outros lugares desde que após autorização prévia e expressa da Editora Revista dos Tribunais, citada a publicação original como fonte, constando o nome da editora, a cidade, o ano de publicação, título e volume do periódico e respectivas páginas.

2. Os trabalhos podem ser enviados preferencialmente pelo correio eletrônico, para o endereço editorial.revista@rt.com.br, ou ainda, por via postal, em arquivos gravados em disquetes de 3,5 polegadas (Recomendamos a utilização do processador de texto *Microsoft Word* 97. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF *(Rich Text Format)*, que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto), obrigatoriamente acompanhados de prova impressa para a Editora Revista dos Tribunais, aos cuidados do Editorial de Periódicos, na Rua do Bosque, 820, Barra Funda, São Paulo, SP (CEP 01136-000).

3. Não há um número de laudas predeterminado para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

4. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, fax e *e-mail*, relação da produção intelectual anterior e declaração de ineditismo (a autorização de publicação será solicitada em caso de aprovação do artigo).

5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*.

6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira (inglês, francês, alemão, italiano ou espanhol), e de um *Sumário*, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos.

7. Deverão ser destacadas as palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira) (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. **Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha**. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

9. Não será prestada nenhuma remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos em nossas revistas ou qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica (Internet, CDRom, *e*-book etc.). Em contrapartida, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado ou do produto digital quando contido em suporte físico.

10. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

11. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Diretivo da Revista. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

Contrato e racionalidade

MARCOS CÁPRIO FONSECA SOARES
Mestre em Sociologia pela UFRGS. Advogado.

RESUMO: O presente artigo é fruto de pesquisa empírica levada a cabo junto aos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, especificamente em matéria contratual. Aqui, trago as conclusões obtidas no âmbito dos contratos abrangidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Delimitei a racionalidade jurídica nutrida pelos desembargadores de referido Tribunal ao procederem às tomadas de decisões neste tema. Após precisar o conceito central deste trabalho (racionalidade), exponho e analiso os dados obtidos junto aos acórdãos coletados, promovendo uma classificação dos atores jurídicos consentâneo o teor argumentativo invocado na fundamentação dos votos, ocasião em que a nova teoria dos contratos passa a ser contextualizada em meio a um processo de transformações pelas quais vem passando o direito privado como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusulas gerais – Juros – Revisão contratual – Racionalidade – Rematerialização.

ABSTRACT: The present article is a result of empiric research mode next to judgements of Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, specifically in contractual subject. Here, I bring the conclusions got among the contracts embroced by the Sistema Financeiro de Habitação. I delimited the juridical racionality sustained by magistrates of the abovementioned Tribunal when they took decisions on this matter. After precising the main concept of this work (racionality), I expose and analyse data got next to judgements collected, promoting a classification of the juridical actors according to the armentative contents evoked in the fundamentation of votes, occasion where the new theory of contracts starts to be contextualized in a process of transformations by which private law is passing as a whole.

KEYWORDS: General clauses – Interest – Contractual review – Racionality – Rematerialization.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A racionalidade jurídica e o contexto atual do direito privado: 2.1. A matriz weberiana; 2.2. Reflexões contemporâneas – 3. A mudança paradigmática no direito privado brasileiro – 4. A pesquisa empírica: o caso do SFH – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

Modelo

1. Introdução

nonononononon

64 - ANO 31 - JANEIRO-JUNHO DE 2008

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Repositório de jurisprudência autorizado pelo TRF da 5.ª Região.

Concessão especial de uso para fins de moradia – Questão fundiária no Timor-Leste – Legalidade do imóvel – Dação em pagamento – Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios – Loteamentos fechados – Fraude à execução e averbação acautelatória – Separação patrimonial no direito de superfície – Georreferenciamento – Retificação judicial de registro – Penhora – Fraude à execução – Integralização do cotas societárias.

IRIB
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

ISSN 1413-4543

2140080064 00064
9 771413 454001

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS